Das Recht auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache beim Gattungskaufe.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Leo Fröhlich

Referendar am Landgericht in Ratibor.

Ratibor

Buchdruckerei Reinhard Meÿer

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	I. Einleitung	1
	II. Geschichtlicher Teil: Das Nachlieferungsrecht	
	1. im gemeinen Recht.	
§ 2.	a) Zivilrecht	4
§ 3.	b) Handelsrecht	12
	2. in Partikularrechten.	
§ 4.	a) Preußisches Recht	14
	b) Sächsisches Recht	16
	III. Dogmatischer Teil: Das Nachlieferungsrecht im geltenden Recht.	
	A. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.	
	1. Einleitung.	
§ 5.	a) Inhalt der Bestimmung des § 480. Nachlieferungsrecht des Verkäufers?	18
§ 6.	b) Rechtliche Natur des Nachlieferungsanspruchs	22
§ 7.	c) Folgerungen	28
	2. Voraussetzungen.	
§ 8.	a) Allgemeines	30
§ 9.	b) Anwendungsgebiet des Nachlieferungsanspruchs	31
	3. Geltendmachung.	
§ 10.	a) Inhalt des Anspruchs	36
§ 11.	b) Das außergerichtliche Nachlieferungsverlangen	38
§ 12.	c) Die Nachlieferungsklage	43
§ 13.	d) Die Nachlieferungseinrede	45
§ 14.	e) Durchführung der Nachlieferung im einzelnen	50
	4. Besondere Fälle.	
§ 15.	a) Mehrheit von Personen	55
§ 16.	b) Mehrheit von Sachen	56
§ 17.	c) Mehrheit von Fehlern	58
	5. Verlust des Anspruchs.	
§ 18.	a) Annahme der Sache trotz Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit	60
§ 19.	b) Fristsetzung des Verkäufers	61
§ 20.	c) Verjährung	62
§ 21.	6. Das Nachlieferungsrecht beim Gattungsviehkauf	65
§ 22.	B. Das Nachlieferungsrecht nach dem Handelsgesetzbuch	67

Literaturverzeichnis.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 2. Teil 1. 1884.
Bekker, Zur Lehre vom Genuskauf. In Bekkers Jahrbüchern des gemeinen Rechts 1862 Bd. 5 S. 361 ff.
Berndorff, Die Gattungsschuld. 1900.
Biermann, Die Klage des wandelungsberechtigten Käufers. Im Archiv für zivilistische Praxis 1904 Bd. 95 S. 315 ff.
Bötzow, Sind nach gemeinem Recht die ädilizischen Rechtsmittel auch beim Genuskauf zulässig? Greifswalder Diss. 1891.
Brandis, Kann der Käufer mindern, wenn nach vollzogener Wandelung Leistungsunmöglichkeit oder Verzug bezüglich der Kaufsache eintritt? In der Deutschen Juristenzeitung 1906 Bd. 11 S. 594 f.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1882.
Bruck, Beweislast. 1874.
v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. In Iherings Jahrbüchern 1909 Bd. 55 S. 209 ff.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.
Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Breslauer Diss. 1901.
Dernburg, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1903.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl. 1897.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 2. 3. Aufl. 1906.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1905.
Eccius, Zur Gewährleistung wegen Sachmängeln. In Gruchots Beiträgen 1899 Bd. 43 S. 305 ff.
Eccius, Bemerkungen zu Grabeners Aufsatz. Ebenda Bd. 51 S. 529 ff.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von R. Leonhard. 1. u. 2. Aufl. 1903.
Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag. 1899.
Endemann, W., Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Buch 3 Abschn. 2: Gareis, Das Kaufgeschäft. 1882.
Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903.
Enneccerus, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 3. Aufl. 1908.
Eschenburg, Anwendung der ädilizischen Rechtsmittel auf den Gattungskauf nach gemeinem Recht. Erlanger Diss. 1897.
Fischer, Konzentration und Gefahrübergang bei Gattungsschulden. In Iherings Jahrbüchern 1908 Bd. 51 S. 159 ff.
Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. In Gruchots Beiträgen 1900 Bd. 44 S. 65 ff.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.

Francke, Zur Wandelung des Kaufs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 72 S. 517 ff. 1907.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.
Goldschmidt, Über die Statthaftigkeit der ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19 S. 98 ff. 1874.
Goldschmidt, Lehrbuch des Handelsrechts. 1883.
Grabener, Zur Auslegung des § 465 BGB. In Gruchots Beiträgen 1906 Bd. 50 S. 254 ff.
Grabener, Nochmals zur Auslegung des § 465. Ebenda Bd. 51 S. 515 ff.
Gruchot, Glossen zum allgem. Landrecht. In Gruchots Beiträgen 1858 Bd. 2 S. 311.
Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1883.
Haymann, Rechtliche Natur und prozessuale Behandlung des Wandelungsanspruchs. In Gruchots Beiträgen 1902 Bd. 46 S. 509 ff.
Hellbach, Mängel der verkauften Sache. Im Recht 1905 Bd. 9 S. 6 ff.
Heuer, Über die Form des Klagantrags und Urteilstenors bei Wandelungsklagen. Im Recht 1902 Bd. 6 S. 97.
Kiehl, Das Rücktrittsrecht des Käufers beim Genuskauf. In Gruchots Beiträgen 1898 Bd. 42 S. 591 ff.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. 1900.
Kloß, Gewährleistung wegen Mängeln und Fehlern der Kaufsache. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 9 S. 273 ff. 1899.
Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.
Krückmann, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf. 1904.
Krückmann, Eine bedenkliche Entscheidung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Wandelungsrechts. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70 S. 585 ff. 1905.
Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Im Archiv für die zivil Praxis 1908 Bd. 101 S. 1 ff.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1904.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des preußischen allgem. Landrechts. Bd. 1. 1. u. 2. Aufl. 1900.
Litthauer, Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1905.
Lobe, Die Vorschriften des deutschen BGB. §§ 462 und 465 über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 9 S. 104 ff. 1899.
Makower, Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Bd. 1 Teil 2. 1904.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1900.
Matthiaß, Die Wandelung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 Bd. 7 S. 205 ff.
Meißner, Viehgewährschaft. 1899.
Meusing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruch. Bonner Diss. 1900.
Müller, Vollzug der Wandelung und der Preisminderung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 45 ff. 1904.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1905.
Nissen, Ein Beitrag zu § 478. In der Juristischen Wochenschrift 1902 Bd. 31 S. 565 ff.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1906.
Oertmann, Zur Lehre von der Wandelung. Im Recht 1904 Bd. 8 S. 4 ff.
Oertmann, Zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Im Recht 1908 Bd. 12 S. 345 ff.

Oertmann, Sachmängel und Abnahmepflicht. Im Recht 1909 Bd. 13 S. 617 ff.
Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse. 1905.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. 1907.
Regelsberger, Rezension über Hanausek, Haftung des Verkäufers. In Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht 1884 Bd. 11 S. 433 ff.
Rehbein, Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals. Bd. 1. 2. Aufl. 1896.
Ritter, Zusammentreffen von Wandelungseinrede und Einrede der Verjährung des Wandelungsanspruchs. Im Recht 1907 Bd. 11 S. 221 ff.
Roemer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligationen nach gemeinem Recht. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 23 S. 1 ff. 1878.
Schaper, Wesen und Wirkung der Wandelungseinrede. In Iherings Jahrbüchern 1907 Bd. 52 S. 233 ff.
Schliemann, Die Haftung des Zedenten. 1850.
Schlodtmann, über die Anwendbarkeit der Art. 347 ff. des Handelsgesetzbuches, wenn statt der vertragsmäßigen eine Ware andrer Gattung geliefert und empfangen wurde. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 37 S. 1 ff. 1890.
Schmitz, Beiträge zur Lehre vom Genuskauf. Göttinger Diss. 1894.
Schneider, Rechtsregeln des Viehkaufs. 1899.
Schoeller, Schuldhafte Nichterfüllung von Verträgen. In Gruchots Beiträgen 1902 Bd. 46 S. 1 ff.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil. 1900.
Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht für Fehler beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern 1905 Bd. 49 S. 93 ff.
J. A. Schroeder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. 1903.
A. S. Schultze, Findet die kurze Verjährung des § 477 auch auf den aus allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, insbesondere aus § 276 dem Käufer wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung der Kaufsache zustehenden Schadensersatzanspruch Anwendung? Im Archiv für bürgl. Recht 1907 Bd. 30 S. 143 ff.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 2. Aufl. 1848.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Iherings Jahrbüchern 1905 Bd. 50 S. 55 ff.
Siebenhaar, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. 1865.
Staub, Kommentar zu dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch 3. u. 4. Aufl. 1896.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl. 1908.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 3. u. 4. Aufl. 1908.
Thiele, Die Vollziehung der Wandelung und der Minderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Im Archiv für die zivilistische Praxis 1902 Bd. 93 S. 387 ff.
Thoel, Das Handelsrecht. 6. Aufl. 1879.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Treitschke, Der Kaufkontrakt. 2. Aufl. 1863.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1876.
Werner, Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechts. Im Recht 1902 Bd. 6 S. 282 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. 1906.
M. Wolff, Sachmängel beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern 1909 Bd. 56 S. 1 ff.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1890.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe. 1888.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Herausgegeben von Achilles usw. 1897.
Denkschrift zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe. 1896.
Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. Amtliche Ausgabe. 1897.
Das Recht Jahrg. 1902 ff.
Deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1906 ff. (zit.: DJZ. 1906.)
Juristische Wochenschrift Jahrg. 1902 ff. (zit.: JurW. 1902.)
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 15. 1905.
Striethorsts Archiv für Rechtsfälle. (zit.: Striethorsts Arch.)
Entscheidungen des Königl. Obertribunals. (zit.: OTrE.)
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (zit.: ROHG.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RGE.)
Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von Bolze. Bd. 12, 16.
J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der höchsten Gerichte in deutschen Staaten. (zit.: Seufferts Arch.)
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann (zit.: Rechtspr.).

Die Kommentare und Lehrbücher zum Bürgerlichen Gesetzbuch sind sämtlich, die übrigen Werke, soweit Verwechselungen nicht zu besorgen waren, nur mit dem Namen der Verfasser zitiert.

Paragraphen ohne weiteren Zusatz beziehen sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

I. Einleitung.

§ 1.

1. In den Zeiten noch unentwickelten Verkehrs war, wie die typische Entwicklung des römischen Rechts zeigt, der Kauf wohl überall ein unter umständlichen, feierlichen Formen sich vollziehendes Realgeschäft (Hand-, Barkauf). Notwendige Folge dessen war, daß nur eine individuell bestimmte Sache Kaufgegenstand sein konnte. An diesem Erfordernis wurde zunächst auch dann noch festgehalten, als der Kauf allmählich zu einem Konsensualkontrakt geworden war. Erst das Aufkommen und die fortschreitende Entwicklung des Handelsverkehrs drängte wohl dazu, auch Kaufverträge zuzulassen, bei denen das Leistungsobjekt nur seiner allgemeinen Art und Beschaffenheit, mit einem Wort: seiner Gattung nach bestimmt war.

Das Charakteristische des Gattungskaufs liegt darin, daß die Parteien beim Geschäftsabschluß nicht eine bestimmte Einzelsache zum Vertragsobjekt machen, sondern nur einen größeren oder kleineren Kreis von Gegenständen bezeichnen, aus dem der Verkäufer eine bestimmte Quantität leisten soll.

In der Regel wird es sich bei Gattungskäufen um vertretbare Sachen handeln, die im Verkehr nach Maß, Zahl und Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Doch können auch nichtvertretbare Sachen „nur der Gattung nach bestimmt" sein.[1])

Je nachdem die von den Parteien vereinbarten Merkmale und Eigenschaften der zu liefernden Sache mehr oder minder zahlreich sind, wird der Kreis der möglichen Leistungsobjekte bald kleiner, bald größer sein. Auch wenn ihre Anzahl von vornherein eine geschlossene ist (z. B. bei seltenen Bildern, Pflanzen usw.), liegt

---

[1]) Begrifflich sind sogar Immobilien als Gegenstand eines Gattungskaufs denkbar. Nach dem BGB. erscheint dies indes ausgeschlossen, wie daraus zu entnehmen ist, daß der eine Sondervorschrift für Grundstücke enthaltende § 468 in § 480 absichtlich unerwähnt geblieben ist. Kloß S. 304; and. A. Cuno S. 58.

immer noch eine Gattungsschuld vor, sofern die Bezeichnung des Kaufgegenstandes nur durch Gattungsmerkmale erfolgt ist.[1])

Es kann aber der Kreis, aus dem die Leistung bewirkt werden soll, auch räumlich umgrenzt werden, wenn nämlich die Bezeichnung des Leistungsobjekts unter Bezugnahme auf eine speziell bestimmte Menge geschieht. Die rechtliche Behandlung dieses Falles ist sehr bestritten. Weil ein bestimmt abgegrenzter Vorrat keine „Gattung" sei, sehen einige darin nur eine Abart der Speziesschuld, andere eine Alternativschuld; noch andere erblicken dagegen darin eine gewöhnliche Gattungsschuld, weil die Parteien als Gegenstand ein ununterschiedenes Stück einer durch gemeinsame Merkmale bestimmten Klasse von Sachen sich dächten.[2]) Eine vierte Meinung endlich stellt diesen Fall als gemischte oder beschränkte der reinen Gattungsschuld gegenüber und will ihn je nach Lage des Einzelfalles entweder den für Gattungs- oder für Alternativschulden gegebenen Regeln unterstellen.[3]) Maßgebend hierfür soll sein, ob die Parteien die individuell bezeichnete Menge als eine Summe von untereinander verschiedenen, selbständigen Sachindividuen ins Auge faßten — dann liegt eine Alternativschuld vor;[4]) oder ob sie durch die Bezugnahme auf jene nur eine besondere Gattung bezeichnen wollten, so daß der Schuldner auch durch die Lieferung eines andern, zwar nicht zum konkreten Vorrat gehörenden Stückes, das aber doch von genau der gleichen Art und Güte ist, seine Verpflichtung erfüllen kann — dann ist das Geschäft als Gattungsschuld zu behandeln.

M. E. ist diese Meinung die richtige; denn das Wesen der Gattungsschuld besteht nur darin, daß den Parteien beim Geschäftsabschluß alle nach ihren Vereinbarungen möglichen Leistungsgegenstände als untereinander völlig gleichwertig und wesensgleich erscheinen; auf die Art der Bezeichnung oder die Anzahl derselben kommt es dagegen nicht an.

2. Als Kaufvertrag unterliegt der Gattungskauf grundsätzlich allen für den Kauf überhaupt geltenden Vorschriften. Doch werden dadurch, daß er auch zu den Gattungsschulden gehört, einige Besonderheiten bedingt. Insbesondere wird es bei der Gewährleistung für Sachmängel wichtig, daß beim Gattungs-

---

[1]) Doch muß m. E. wenigstens noch eine Variationsmöglichkeit gegeben sein. Ein Kauf des ganzen genus ist demnach kein Gattungs-, sondern ein Spezieskauf. Ebenso Fischer S. 168; Staudinger § 243 N. 1 S. 16; and. A. Krückmann, Unmöglichkeit S. 174 A. 118.

[2]) Literaturnachweise bei Cuno S. 6 A. 25–27.

[3]) Literatur bei Cuno S. 7 A. 28.

[4]) Bei vertretbaren Sachen scheint mir dies freilich kaum jemals möglich, so daß hier wohl (nie eine Alternativ-, sondern) stets eine Gattungsschuld anzunehmen sein wird. Ebenso Schollmeyer, Komm. § 243 N. 2 S. 9f.

kauf im Gegensatz zum Spezieskauf stets eine Mehrzahl von Gegenständen vorhanden ist, die den von den Parteien aufgestellten Merkmalen entsprechen und von denen jeder einzelne, wenn er vom Verkäufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit ausgewählt wird, als von vornherein vereinbartes Kaufobjekt anzusehen ist. Dadurch wird die beim Spezieskauf naturgemäß ausgeschlossene Möglichkeit begründet, daß, wenn eine Sache geleistet ist, die mit Mängeln behaftet ist, für die der Verkäufer einzustehen hat, statt ihrer eine andere der vereinbarten Gattung und Art angehörende und daher ebenfalls als von Anfang an als gekauft zu betrachtende Sache geliefert werden kann. In Berücksichtigung dessen gibt das Bürgerliche Gesetzbuch in der Tat beim Gattungskauf dem Käufer auch die rechtliche Befugnis, verlangen zu dürfen, „daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird“.

Die Darstellung dieses Rechts, das kurz als Nachlieferungsrecht bezeichnet werden soll,[1]) soll der Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.

Die Ausdrucksweise, deren sich das Gesetz bei der Regelung des Nachlieferungsrechts bedient, kann nicht gerade als besonders einfach bezeichnet werden. In einem einzigen Paragraphen wird seiner ausdrücklich erwähnt; durch Verweisungen, die teilweise wieder zu Unterverweisungen bis zum fünften Grade führen, werden dann aber nicht weniger als 27 Paragraphen herangezogen.[2]) Soweit sich indes die Übertragung und Anwendung dieser Vorschriften ohne Schwierigkeit vollzieht, ist von einer Erörterung derselben abgesehen und die Darstellung im wesentlichen auf die dem Nachlieferungsrecht allein eigentümlichen Besonderheiten beschränkt worden.

Da jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch wie sonst, so auch bei der Gewährung und Regelung dieses Rechts auf schon früher entwickelten Grundlagen weitergebaut hat, schien es zweckmäßig, der Darstellung des geltenden Rechts einen kurzen Überblick über den vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches hinsichtlich des Nachlieferungsrechts bestehenden Rechtszustand voranzuschicken.

---

[1]) Da die mangelfreie Sache nur an Stelle der mangelhaften gegen Rückgabe dieser geliefert zu werden braucht, wäre eigentlich die Bezeichnung Ersatzlieferungsrecht wohl richtiger. Da aber die obige Bezeichnung in der Literatur bereits ziemlich allgemein angenommen worden ist, so ist sie auch hier beibehalten worden.

[2]) Hierauf hat bereits Endemann Bd. 1 § 161 A. 62 S. 1000 hingewiesen.

II. Geschichtlicher Teil.

1. Das Nachlieferungsrecht im gemeinen Recht.

§ 2.

a) Zivilrecht.

1. Anwendungsgebiet. Es ist zweifelhaft, ob die Römer überhaupt einen reinen Gattungskauf gekannt haben.[1] Wohl finden sich im corpus iuris eine Anzahl von Stellen, die von einem gemischtgenerischen Kaufe (emptio ad mensuram) handeln, aber keine einzige, die klar und deutlich auf einen reinen Gattungskauf Bezug nimmt. Vielleicht haben die Römer derartige Geschäfte ursprünglich in der Form zweier Stipulationen abgeschlossen.[2] Doch wie dem auch sei, im gemeinen Recht ist der (reine) Gattungskauf jedenfalls anerkannt. Freilich haben Wissenschaft und Praxis auch hier lange Zeit, ohne daß ihnen die Verschiedenheit beider Arten zu Bewußtsein gekommen wäre, die Regeln, welche für den Spezieskauf galten, unterschiedslos auch auf den Gattungskauf angewendet. Erst Thöl hat in der 1. Aufl. seines Lehrbuchs des Handelsrechts (1840) zum erstenmal auf die zwischen beiden bestehenden Unterschiede hingewiesen, die — abgesehen von der Frage nach dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges — namentlich für das Gebiet der Haftung für Sachmängel bedeutsam sind.

Zwar sind die Voraussetzungen für den Eintritt der Haftung beim Spezies- und beim Genuskauf im wesentlichen die gleichen: Der Käufer muß auch bei letzterem für diejenigen Fehler, welche den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache aufheben

---

[1]) Literaturnachweis bei Berndorff S. 52 A. 1.

[2]) So z. B. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 257; Bechmann Bd. 2 S. 331; and. A. Goldschmidt S. 106 f.; Bekker S. 395; Berndorff S. 61.

oder mindern,[1]) sowie für das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften (dicta promissa) einstehen. Auch der Unterschied zwischen offenbaren Mängeln — solche, die dem Käufer schon beim Vertragsschlusse oder spätestens bei der Annahme bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind, — und heimlichen Mängeln — solche, die ihm zu diesen Zeitpunkten ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt sind, — ist hier wie dort bedeutsam. Nur der Zeitpunkt für das Vorhandensein der Mängel sowohl, als auch für eine etwaige Kenntnis derselben muß naturgemäß ein anderer sein: nicht der Kaufabschluß, sondern die Konkretisierung ist hier entscheidend, da erst von da ab eine bestimmte Sache geschuldet wird.

Dagegen entwickelte sich über die Frage nach den Folgen der Mangelhaftigkeit der zur Erfüllung eines Gattungskaufes geleisteten Sache bald eine lebhafte Kontroverse, die sich vor allem darum drehte, ob auch hier die ädilizischen Rechtsmittel zuzulassen seien oder nicht.[2]) Von der Stellungnahme zu dieser Frage hängt auch die zu der andern ab, ob und wann der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, dem eine mangelhafte geliefert wird, an Stelle derselben die Lieferung einer mangelfreien verlangen kann.

Beim Spezieskauf kann von einem solchen Rechte nicht die Rede sein, weil hier das Kaufobjekt ein ganz bestimmtes, individuell bezeichnetes ist, und da die Quellen im wesentlichen nur diese Art des Kaufes behandeln, so findet sich ein Nachlieferungsanspruch in ihnen auch nicht erwähnt. Wollte man daher beim Gattungskauf dem Käufer einen solchen geben, so konnte er nur als der ursprüngliche Anspruch auf Erfüllung des Vertrages konstruiert und daher nur so weit zugelassen werden, als man den Gattungskauf durch mangelhafte Lieferung als nicht erfüllt ansieht. Da nun aber das ältere römische Recht scharf zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht unterscheidet und die ädilizischen Klagen nur dann gewährt, wenn der Kauf (zwar mangelhaft, aber immerhin) erfüllt ist, so folgt daraus, daß beim Gattungskauf folgerichtig das Nachlieferungsrecht einerseits und die ädilizischen Rechtsmittel andererseits nicht miteinander konkurrieren können, sondern sich gegenseitig ausschließen müssen.

Freilich haben nicht alle Schriftsteller diese Konsequenz gezogen. So läßt Vangerow[3]) schlechthin ohne jede Unterscheidung

---

[1]) l. 1 § 8, l. 10 pr. D. de aed. ed. XXI, 1.

[2]) Eine ausführliche Nachweisung über die Stellung der älteren Literatur vgl. bei Eschenburg S. 16ff.

[3]) Pand. Bd. 3 S. 303f.

das Nachlieferungsrecht neben den ädilizischen Klagen zu, vor wie nach der Annahme der Sache, soweit nicht in dieser eine Billigung derselben liege. Im Gegensatz hierzu versagt Brinz[1]) beide Rechte, und zwar das Recht auf Nachlieferung deshalb, weil sonst das Geschäft kein Kauf oder wenigstens kaufartiges wäre, sondern die Annahme der Bestellung sich nur als ein Versprechen fehlerfreier Ware darstellen würde.

Dagegen sind diejenigen, welche die Zulässigkeit der ädilizischen Klagen bei Gattungskäufen prinzipiell leugnen,[2]) darin einig, daß sie dem Käufer ein Recht auf Nachlieferung mangelfreier Ware geben, und zwar auch noch nach der Annahme, sofern nur der Mangel nicht ein offenbarer ist, mit der Begründung, daß der Gattungskauf durch Lieferung mangelhafter Sachen eben nicht erfüllt sei. Warum nun aber der Gattungskauf im Gegensatz zum Spezieskauf nur durch Lieferung mangelfreier Sachen soll erfüllt werden können, darüber gehen freilich die Meinungen auseinander. Zwei Gruppen lassen sich hier unterscheiden: Die eine, deren Hauptvertreter Windscheid[3]) ist, geht davon aus, daß bei jedem Gattungskauf die stillschweigende Vereinbarung getroffen sei, daß nur fehlerfreie Ware geliefert werden dürfe; die andere, deren Begründer Thöl[4]) selbst ist, stellt dagegen die Behauptung auf, daß beim Gattungskauf jeder Mangel die zwecks Erfüllung gelieferte species zu einem andern Gegenstand, als vereinbart sei, zu einem aliud pro alio, mache. Beide Ansichten sind indes nicht haltbar.

Windscheid ist zwar zuzugeben, daß mitunter aus den Umständen des einzelnen Falles eine stillschweigende Vereinbarung der Fehlerlosigkeit entnommen werden kann.[5]) Doch ist dies keineswegs stets oder auch nur in der Regel der Fall. Auf eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift aber kann sich Windscheid nicht berufen. Für Stipulations- und Legatsschulden beweisen die Quellen sogar das Gegenteil. Denn nach l. 45 § 1, l. 46 D. de leg. I kommt der Erbe, der mit dem Vermächtnis beschwert ist, schlechthin (generaliter) einen Sklaven zu leisten, auch dann seiner Verpflichtung nach, wenn der hingegebene Sklave non sanus

---

[1]) Pand Bd. 2, 2 S. 730.

[2]) Literaturnachweis bei Goldschmidt S. 99 A. 1; dazu noch Bechmann Bd. 2, 1 S. 333 ff. und OHG. Stuttgart in Seufferts Arch. Bd. 24 Nr. 303.

[3]) Pand. Bd. 2 S. 693; ferner Treitschke, Kaufkontrakt S. 365; Schliemann, Haftung des Zedenten S. 34; Bruck, Beweislast S. 71; Endemann, Deutsches Handelsrecht S. 525; ähnlich auch Bechmann Bd. 2, 1 S. 333.

[4]) Handelsrecht S. 914; ebenso Seuffert, Pand. Bd. 1 S. 75; und anscheinend auch OAG. Wolfenbüttel in Seufferts Arch. Bd. 24 Nr. 219 S. 354, ohne freilich daraus die Unzulässigkeit der ädilizischen Klagen herzuleiten.

[5]) Ein Beispiel enthält die Entsch. d. OHG. Bd. 20 S. 418 ff.

ist, und nach l. 72 § 5 D. de sol. et. lib. 46, 3 erfüllt der Schuldner, der einen Sklaven zu leisten hat, auch dann, wenn er einen vispellio aut alias turpis leistet. Wenn man aber auch diese für stricti iuris negotia gegebenen Bestimmungen nicht auf den Kauf — ein bonae fidei iudicium — ausdehnen wollte, so ist doch kein stichhaltiger Grund dafür angeführt worden, warum beim Genuskauf die Sachlage anders sein soll wie beim Spezieskauf, bei welchem unbestrittenermaßen von einer stillschweigenden Vereinbarung der Fehlerlosigkeit nicht die Rede sein kann.

Die eben angeführten Quellenstellen sprechen aber auch deutlich gegen die von Thöl vertretene Anschauung. Denn wenn der Schuldner sich auch durch Leistung eines Sklaven, der non sanus bezw. ein vispellio aut alias turpis ist, befreit, so folgt daraus eben, daß ein solcher Sklave nicht zu einer anderen Gattung wie ein gesunder bezw. ein ehrlicher gehört. Wenn — um Bekkers[1]) Beispiel anzuführen — „ein brauner Wallach, Halbblut, 3—5 Zoll groß, geritten, militärfromm" gekauft ist und das gelieferte Pferd allen diesen Erfordernissen entspricht, daneben aber mondblind oder dämpfig ist oder sonst Fehler an sich trägt, die seinen Wert sehr erheblich mindern, so ist es trotzdem doch „kein anderes Objekt als das konsentierte, gekaufte".

Es kann also nicht zugegeben werden, daß jeder Fehler einer Sache diese zu einem aliud und damit zu einer vertragswidrigen macht. Doch gibt es freilich auch Mängel, die so bedeutsam sind oder in solcher Stärke auftreten, daß die damit behaftete Sache gegenüber der mangelfreien als eine andere erscheint. So ist z. B. ein totes Pferd kein Pferd, verfaulter Weizen kein Weizen mehr.

Man muß demnach unterscheiden zwischen solchen Mängeln, durch welche eine Sache in ein anderes genus versetzt, also eine vertragswidrige wird, und solchen, die ihr ihre Gattungszugehörigkeit nicht nehmen, sondern sie nur zu einer fehlerhaften machen.

Darauf hat zuerst Bekker in einem Aufsatz in seinen Jahrbüchern[2]) hingewiesen, und diese Unterscheidung ist dann von der großen Mehrzahl der nachfolgenden Schriftsteller angenommen worden, so daß sie als die schließlich herrschende bezeichnet werden kann.[3])

Ob nun im Einzelfalle eine Sache wegen des ihr anhaftenden Mangels als vertragswidrig oder als bloß fehlerhaft anzusehen

---

[1]) a. a. O. S. 402.

[2]) Bd. 5 S. 402 ff.

[3]) Daß eine solche Scheidung auch in den Quellen — wenn auch nicht für den Gattungskauf — sich findet, beweisen l. 33; l. 72 § 5 D. 46, 3; l. 110 de leg. l.

ist, ist freilich nicht selten schwer zu bestimmen, da es feststehende Regeln hierfür naturgemäß nicht geben kann. Die Entscheidung wird in erster Linie von dem Umfang der über die Beschaffenheit und Eigenschaften der zu liefernden Sache getroffenen Parteivereinbarungen abhängen. Allerdings kann man dabei nicht so weit gehen, bei jedem gegen eine einfache Abrede verstoßenden Fehler die Sache als nicht der bedungenen Gattung angehörend zu betrachten; man wird hier vielmehr die Verkehrsanschauung maßgebend sein lassen müssen. Dagegen wird m. E. eine Sache, der dicta promissa fehlen, stets als ein aliud anzusehen und deshalb das Nachlieferungsrecht zu gewähren sein, da ja in einem solchen Falle auch beim Spezieskauf dem Käufer die actio empti auf das Interesse zusteht.[1])

In der Praxis hat man freilich vielfach die Unterscheidung zwischen Fehlerhaftigkeit und Vertragswidrigkeit nicht gemacht, sondern hat allein die Annahme als entscheidend angesehen. Wies der Verkäufer die angebotene mangelhafte Sache zurück, wozu er stets berechtigt sein sollte, wenn sie überhaupt mangelhaft war, so sollte er stets eine neue mangelfreie fordern können; hatte er sie aber angenommen, so sollte dadurch in jedem Falle der Genus- zu einem Spezieskauf geworden sein und konsequenterweise auch nur die bei diesem gegebenen Rechtsmittel zugelassen werden können. Der Anspruch auf Nachlieferung war danach nach der Annahme, auch wenn diese im Irrtum über die Vertragswidrigkeit erfolgt war, stets ausgeschlossen.[2])

Dagegen sind alle diejenigen, welche den Unterschied zwischen Vertragswidrigkeit und bloßer Fehlerhaftigkeit anerkennen, darin einig, daß sie dem Käufer den Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Sachen versagen, wenn die schon geleistete oder angebotene Sache nur solche Fehler hat, welche ihre Gattungszugehörigkeit nicht berühren, mochten ihm dieselben schon vor oder auch erst nach der Annahme bekannt geworden sein. Denn da in diesem Falle der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht immerhin genügt hat, so kann nicht nochmals Erfüllung verlangt werden. Die Sachlage ist alsdann vielmehr die gleiche, wie wenn bei einem Spezieskaufe eine mangelhafte Sache geliefert wird. Der Käufer kann also höchstens die ädilizischen Rechtsmittel geltend machen.[3])

---

[1]) So Römer S. 14 A. u; Bötzow S. 21; Berndorff S. 901; and. A. anscheinend Goldschmidt S. 111.

[2]) So ROHG. Bd. 5 S. 399, Bd. 11 S. 28; RGE. Bd. 6 S. 190, Bd. 36 S. 232; OLG. Braunschweig, Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 243 S. 414.

[3]) So z. B. Bekker S. 405; Goldschmidt S. 118; Hanausek S. 125; Römer S. 47; auch RGE. Bd. 30 S. 158 f.

Auch für den Fall, daß dem Käufer eine Sache geliefert wird, welche in dem oben S. 5 angegebenen Sinne „offenbar" vertragswidrig ist, besteht hinsichtlich der Zulässigkeit des Nachlieferungsanspruchs im wesentlichen Übereinstimmung: Der Käufer ist nicht verpflichtet, die Sache anzunehmen, kann sie vielmehr zurückweisen und Nachlieferung einer mangelfreien fordern.[1]) Nimmt er sie aber trotz Kenntnis bezw. Kennenmüssens der Vertragswidrigkeit an, so kann er, darüber besteht keine Meinungsverschiedenheit, eine anderweitige Lieferung keinesfalls verlangen.[2]) [3])

Sehr bestritten ist dagegen die Frage, welche Rechtsmittel dem Käufer zustehen, wenn die schon vor der Annahme vorhandene Vertragswidrigkeit der gelieferten Sache erst nachher erkennbar wird.

Nach Goldschmidt[4]) ist hier der Vertrag erfüllt, weil in der Annahme die Erklärung des Käufers gefunden werden müsse, daß die ihm angebotene Spezies die gekaufte sei und er sie als Erfüllung des Vertrages hinnehmen wolle. Diese Erklärung beruhe zwar auf einem Irrtum, doch sei dieser belanglos, weil er nicht den Geschäftsabschluß, sondern nur die Erfüllung beträfe. Goldschmidt billigt daher in diesem Falle dem Käufer nur die ädi-

---

[1]) RG. bei Bolze Bd. 16 Nr. 426 S. 252; RGE. Bd. 4 S. 196 f.; ROHG. Bd. 6 S. 270 (beim Fehlen „vertragsmäßiger Eigenschaften").

[2]) So (allerdings mit verschiedener Begründung) Bekker S. 382; Goldschmidt S. 114; Römer S. 33; Bechmann Bd. 2, 1 S. 333; Bötzow S. 41; Schmitz S. 45; OLG. Oldenburg, Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 131 S. 219.

[3]) Hanausek S. 115 ff. macht noch einen weiteren Unterschied zwischen dem durch Zusendung und dem nicht durch Zusendung realisierten Kauf. Nur bei dem letzteren will er der „Offenbarkeit" der Vertragswidrigkeit die ihr oben zugesprochene Bedeutung einräumen und dem Käufer Zurückweisung der Ware bei Gefahr des Verlustes aller seiner Ansprüche zur Pflicht machen. Bei dem durch Zusendung realisierten Kauf sei das nicht angängig, da dem Transporteur gegenüber, der gar nicht Vertreter des Verkäufers sei, eine Zurückweisung mit Wirkung für jenen nicht vorgenommen werden könne. Zu einer Anzeige an den Verkäufer aber sei Käufer nicht verpflichtet. Käufer habe daher auch bei offenbarer Vertragswidrigkeit dieselben Rechte wie bei verborgener. Indes erkennt Hanausek selbst an, daß unter Umständen die bona fides dem Käufer eine Anzeigepflicht auferlegen könne (S. 117 A. 15). Eine solche wird aber nicht nur „unter Umständen", sondern sicherlich ganz allgemein aus der bona fides entnommen werden dürfen und müssen. Das wird besonders deutlich, wenn eine nur fehlerhafte Ware geliefert ist, der Käufer also das Wandlungsrecht hat. Hier könnte er auf Kosten des Verkäufers spekulieren. Steigt während der nächsten sechs Monate die Ware im Preis, so behält er sie unter Preisminderung. Fällt sie dagegen, so daß er gern von dem Kaufe loskommen möchte, so wandelt er. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Möglichkeit den Verkehr schwer beeinträchtigen würde und daher unannehmbar ist. Was aber bei Fehlerhaftigkeit der Sache gilt, muß auch bei Vertragswidrigkeit gelten. Übrigens ist Hanausek mit seiner Ansicht ganz vereinzelt geblieben.

[4]) a. a. O. S. 116.

lizischen Rechtsmittel zu, schließt dagegen den Anspruch auf Lieferung einer vertragsmäßigen Sache aus.[1])

Auch Bötzow[2]) geht davon aus, daß die Annahme der geleisteten Sache die Erklärung enthalte, die Sache sei die gekaufte, und daß damit der Kauf erfüllt sei. Aber die Annahmeerklärung könne wegen des bei ihr obwaltenden Irrtums nichtig sein, wenn dieser ein wesentlicher sei.[3]) Als solcher sei aber nur der Irrtum über eine Eigenschaft anzusehen, welche die Sache nach allgemeiner Verkehrsanschauung (nicht nur nach dem Sinne des vorliegenden Vertrages) einer anderen Gattung zuweise; in diesem letzteren Falle also, aber auch nur in ihm, sei die Annahme nichtig, und der Käufer könne daher den Anspruch auf Nachlieferung geltend machen.

Mit aller Schärfe zieht dagegen Römer[4]) die Folgerung aus dem Gegensatze von Vertragswidrigkeit und Fehlerhaftigkeit. Eine vertragswidrige Ware könne nicht durch die in Unkenntnis erfolgte Annahme seitens des Käufers zu einer vertragsmäßigen werden. Daher sei trotz der Annahme der Vertrag nicht erfüllt, und Käufer könne also stets — und nur — Lieferung einer vertragsmäßigen Sache fordern.

Zu demselben Resultat hinsichtlich der Zulässigkeit des Nachlieferungsanspruchs gelangt auch Hanausek.[5]) Er macht Goldschmidt gegenüber geltend, daß der Käufer durch die Annahme der Ware nicht erkläre, die Sache sei die gekaufte, sondern vielmehr, er habe zunächst keinen Grund, sie nicht als die gekaufte anzusehen. Er sei ja, wenn die Ware zur Zeit der Leistung nicht als vertragswidrig erscheine, verpflichtet, sie anzunehmen, andernfalls er in Verzug käme. Darum dürften ihm aber auch durch die Annahme seine Rechte nicht verkürzt werden. Es ständen ihm deshalb alle die Rechte zu, welche er gehabt hätte, wenn er die Vertragswidrigkeit schon bei der Annahme bemerkt und die Ware zurückgewiesen hätte, namentlich könne er also auch Lieferung mangelfreier Sachen fordern. Immerhin wird man die Geltendmachung dieser Rechte an die Bedingung knüpfen müssen, daß der Käufer bald nach der Entdeckung des Mangels dem Verkäufer davon Anzeige gemacht hat,[6]) anderenfalls wird man einen Ver-

---

[1]) Goldschmidt hat diese Ansicht später selbst aufgegeben und spricht in seinem Handb. d. HR. (Bd. 2, 1 S. 44) dem Käufer auch in diesem Falle das Recht auf nachträgliche vertragsmäßige Lieferung zu.

[2]) S. 44 ff; ähnlich auch Eschenburg S. 36.

[3]) So auch ROHG. Bd. 20 S. 418 ff.

[4]) a. a. O. S. 17.

[5]) S. 119 ff.; ähnlich Schmitz S. 56 ff.

[6]) So Schmitz S. 50; Bötzow S. 49.

zicht auf die Geltendmachung anzunehmen haben oder auch dem Verkäufer einer absichtlich verspäteten Klage gegenüber die exceptio doli geben können, da die oben (S. 9 A. 3) angestellten Erwägungen auch für diesen Fall zutreffen.[1])

Schließlich mag noch kurz die Frage berührt werden, ob auch dem Verkäufer ein Nachlieferungsrecht zusteht. In den Fällen, in welchen durch die Lieferung mangelhafter Sachen der Vertrag nicht erfüllt ist, wird man ihm konsequenterweise dieses Recht geben müssen, soweit eine nachträgliche Erfüllung noch angängig ist (was z. B. bei Fixgeschäften nicht der Fall ist).[2]) Doch ist — analog wie beim Käufer — auch des Verkäufers Nachlieferungsrecht jedenfalls dann auszuschließen, wenn ihm die Vertragswidrigkeit der Sache bei der Lieferung selbst bekannt oder nur aus grober Fahrlässigkeit unbekannt war. In der Praxis hat man aber das Anwendungsgebiet dieses Rechts meistens noch enger begrenzt und es überhaupt nur zugelassen, soweit „die Umstände", „die Grundsätze von Treu und Glauben" es gestatteten;[3]) dann aber teilweise[4]) auch, wenn die gelieferten Sachen nur fehlerhaft waren, obgleich in einem solchen Falle dem Verkäufer folgerichtig ein Nachlieferungsrecht nicht zustehen kann.

2. Geltendmachung und Durchführung des Anspruches. Die Geltendmachung des Nachlieferungsrechtes kann in zweifacher Weise — defensiv und offensiv — erfolgen. Klagt der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises, so kann ihm der Käufer die exceptio non adimpleti contractus entgegensetzen. Doch kann der Käufer auch selbst klagend vorgehen. Für die Durchführung dieser actio empti auf Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften fehlt es in den Quellen an jeder direkten Vorschrift. Zwei Fälle sind hier zu unterscheiden. Hatte der Käufer die angebotene vertragswidrige Sache zurückgewiesen, so ist die Sachlage genau dieselbe, wie wenn der Verkäufer noch gar nicht geleistet hätte; das Verfahren bietet keine Besonderheiten.

---

[1]) Eine andere Frage ist es, ob auch der Verkäufer, der die Vertragswidrigkeit der Sache bei der Lieferung nicht kannte, diese rückgängig machen kann. M. E. ist die erfolgte Tradition wegen des dabei obwaltenden Irrtums des Verkäufers nichtig und diesem daher ein Rückforderungsrecht zuzusprechen. So Goldschmidt S. 116; Regelsberger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 11 S. 438 und mit anderer Begründung Thöl S. 916; and. A. Hanausek S. 121, 125.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 695 gibt ihm schlechthin ein Nachlieferungsrecht; ihm folgten in der Praxis OAG. Wolffenbüttel in Seufferts Arch. Bd. 27 Nr. 219 S. 355; OLG. Braunschweig in Seufferts Arch. Bd. 46 Nr. 211 S. 339; während RGE. Bd. 12 S. 85 ihm ein solches Recht schlechthin abspricht.

[3]) OLG. Braunschweig in Seufferts Arch. Bd. 48 Nr. 84 S. 134; RG. bei Bolze Bd. 16 Nr. 431 S. 254 und dort zitierte Entscheidungen; ebenso Bötzow S. 52.

[4]) z. B. Eschenburg S. 36, 39.

Hat dagegen der Käufer die vertragswidrige Leistung schon ganz oder teilweise empfangen, so muß er natürlich, wenn er Nachlieferung verlangt, grundsätzlich das schon Empfangene zurückgewähren. Da aber durch die Lieferung einer vertragswidrigen Sache der Vertrag noch nicht erfüllt ist, so könnte der Käufer eigentlich ohne weiteres, d. h. ohne jede Rücksicht auf die geschehene mangelhafte Leistung, den Verkäufer aus demselben in Anspruch nehmen. Darin läge allerdings eine große Härte gegenüber dem Verkäufer, der dann, um die mangelhafte Leistung zurückzuerhalten, allein auf die condictionis sine causa angewiesen wäre, welche ihm in vielen Fällen doch nur einen sehr fragwürdigen Schutz gewähren. Hanausek[1]) nimmt daher an — ob mit Recht, mag dahingestellt bleiben —, daß bezüglich des Inhaltes der Rückgewährpflicht des Käufers und bezüglich der Tatsachen, welche sie ändern oder ausschließen, die für die actio redhibitoria geltenden Bestimmungen analog anzuwenden seien. Im übrigen aber sind jedenfalls die zwischen den Gewährschafts- und der Erfüllungsklage bestehenden Unterschiede aufrechtzuerhalten. Die wichtigste hieraus entspringende Verschiedenheit ist die, daß die actio empti auf Nachlieferung der gewöhnlichen Verjährungszeit von 30 Jahren unterliegt, während die actio redhibitoria schon in sechs Monaten verjährt.

§ 3.

b) Handelsrecht.

Für den Bereich des Handelsrechtes hatte das alte Handelsgesetzbuch die Bestimmungen des gemeinen Zivilrechts über die Gewährleistung für Sachmängel beim (Gattungs-) Kauf durch die Vorschriften der Art. 347 ff. in bedeutsamer Weise abgeändert. Durch Art. 347 wird dem Käufer bei Distanzkäufen — und dies ist ja im Handelsverkehr die übergroße Mehrzahl — die Pflicht auferlegt, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen, und wenn sich dieselbe hierbei als nicht vertrags- oder gesetzmäßig herausstellt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen. Versäumt er dies, so gilt die Ware hinsichtlich derjenigen Mängel, die sich bei der Untersuchung hätten feststellen lassen, als genehmigt. Aber auch, wenn sich später noch ein solcher Mangel zeigt, muß er dies ohne Verzug nach der Entdeckung dem Verkäufer mitteilen. Erfolgt die Entdeckung des Mangels erst später als sechs Monate nach der Ablieferung, so wird er überhaupt

---

[1]) S. 162 f.

nicht mehr berücksichtigt. An diese Frist ist auch die klageweise Geltendmachung der gerügten Mängel gebunden (Art. 349).[1])

Es kann fraglich erscheinen, ob nicht durch diese Vorschriften der für das Zivilrecht so bedeutsame Unterschied zwischen Vertragswidrigkeit und bloßer Fehlerhaftigkeit überhaupt beseitigt ist. Dies hat tatsächlich Schlodtmann[2]) behauptet. Er findet den Kern der Bestimmung des Art. 347 darin, „daß die in Lieferung und kaufmännischem Empfang sich darstellende Willenseinigung der Kontrahenten, diese individuelle Ware als die dem Kaufvertrage entsprechende, durch welche derselbe erfüllt werde, gelten zu lassen, die ältere in dem Kaufvertrage selbst enthaltene Willenseinigung absorbiert“.[3])

Indessen hat die herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis, namentlich auch die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und später des Reichsgerichts, nach wie vor daran festgehalten, daß Art. 347 dann keine Anwendung finde, wenn eine Ware geliefert sei, die einer andern wie der verabredeten Gattung angehöre.[4]) Jedenfalls ist aber hier, da in Art. 347 die „nicht vertragsmäßige“ ausdrücklich der „nicht gesetzmäßigen“ Ware gleichgestellt ist, eine Sache nicht schon deshalb als ein aliud anzusehen, weil ihr zugesicherte Eigenschaften fehlen,[5]) sondern die Bestimmung der Gattungsmäßigkeit der Sache im Sinne dieser Vorschrift kann eben nur nach dem objektiven Maßstab der allgemeinen Verkehrsanschauung erfolgen.[6])

Welche Folgen nun die Lieferung mangelhafter Ware nach sich zieht, wenn rechtzeitig Mängelanzeige erstattet ist, bestimmt das Handelsgesetzbuch nicht. Es greifen daher hierfür gemäß Art. 1, soweit nicht besondere Handelsgebräuche bestehen, die Vorschriften der Landesrechte Platz.

Für das Gebiet des gemeinen Rechts ist demnach in solchem Falle der Unterschied von Vertragswidrigkeit und bloßer Fehlerhaftigkeit auch beim Handelsverkehr zu berücksichtigen. Die Grenze zwischen beiden ist dabei nach den oben (S. 8) angegebenen Gesichtspunkten zu ziehen. Es kann allerdings die Frage aufgeworfen

---

[1]) Nur im Falle eines Betruges finden diese Bestimmungen keine Anwendung (Art. 350).

[2]) Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 37 S. 1 ff.

[3]) a. a. O. S. 15.

[4]) Römer S. 26; Hanausek S. 230 ff.; Gareis bei Endemann Bd. 2 S. 686 ff.; Staub, HGB. (3. Aufl.) Art. 347 § 12. Eine ausführliche Nachweisung hierüber ergangener oberstrichterlicher Entscheidungen vgl. bei Gareis a. a. O. A. 63, 64 und Staub a. a. O. § 12a.

[5]) ROHG. Bd. 7 S. 113.

[6]) ROHG. Bd. 24 S. 405; Staub a. a. O. § 12.

werden, ob nicht eine Abweichung durch Art. 335 bedingt ist, nach welchem der Verkäufer, wenn im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waren nichts Näheres bestimmt ist, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern hat. Indessen ist m. E. durch diese Bestimmung wohl nur der Begriff des „ädilizischen Fehlers" dahin erläutert, daß ein solcher schon dann vorliegt, wenn die Ware nicht von mittlerer Art und Güte ist. Für diese Auffassung spricht jedenfalls der Wortlaut des Gesetzes, insofern durch die Verweisungen in Art. 346, 347 eine den Erfordernissen des Art. 335 entsprechende Ware als „gesetzmäßig" und den „gesetzlichen Erfordernissen entsprechend" bezeichnet wird.[1])

2. Das Nachlieferungsrecht in Partikularrechten.

§ 4.

a) Preußisches Recht. Dem allgem. Landrecht war der Gattungskauf wohl bekannt, wie aus § 275 I, 5 § 32 I, 11 hervorgeht. Daneben hatte es aber noch einen besonderen Rechtsgeschäftstypus in dem sogen. Lieferungsgeschäft geschaffen,[2]) das aber nach schließlich ziemlich allgemeiner Anschauung nur eine Abart des Gattungskaufes (Fixgeschäft, Bringschuld) war.[3]) Der einzige Unterschied in der rechtlichen Behandlung bestand darin, daß der Käufer vor erfolgter Lieferung ein Rücktrittsrecht „wegen veränderter Umstände" hatte;[4]) nach der Lieferung sollte indes bei diesem Geschäft „alles das stattfinden, was zwischen Käufer und Verkäufer rechtens ist",[5]) so daß auch die Vorschriften über die Gewährleistung wie beim Kaufe anzuwenden waren. Unter diesen befand sich keine besondere Bestimmung über die Folgen mangelhafter Lieferung bei einem Gattungskauf; namentlich ist von einem Nachlieferungsrecht nirgends die Rede. Die Beantwortung der Frage, ob und wann ein solches zu gewähren ist, war daher auch hier der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen.

Nun hat das ALR. in § 317 I, 5 den Satz aufgestellt: „Auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung des Vertrages". Da hiernach, anders wie im römischen Recht, durch Lieferung

---

[1]) So auch Goldschmidt a. a. O. S. 120; Eschenburg S. 22.
[2]) §§ 981 ff. I, 11.
[3]) vgl. Förster-Eccius Bd. 2 § 128 E S. 97 ff.
[4]) § 984 I, 11 ALR.
[5]) § 987 I, 11 ALR.

mangelhafter Ware der Vertrag nicht erfüllt ist, hätte man wohl folgern können, daß der Käufer stets berechtigt sei, Erfüllung zu verlangen, und zwar beim Gattungskauf eben durch Nachlieferung einer mangelfreien Sache.

Doch ist diese Konsequenz nirgends gezogen worden. Man hat vielmehr auch im preußischen Recht unterschieden zwischen der Lieferung einer nicht der bedungenen Gattung angehörenden und einer zwar gattungsmäßigen aber mangelhaften Sache.[1]) Nur im ersten Falle ist unter Ausschluß der Gewährschaftsrechte ein der gewöhnlichen Verjährung unterliegender[2]) Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Sachen als Erfüllungsanspruch allgemein anerkannt worden.[3])

War dagegen die Sache nur mangelhaft, d. h. fehlten ihr gewöhnlich vorausgesetzte oder ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften, oder war sie nicht von mittlerer Art und Güte (sofern nichts anderes bedungen war), so wurde angenommen, daß damit immerhin Erfüllung insoweit herbeigeführt werden könne, daß der Gattungskauf sich auf diese eine Sache beschränkt und daher die für den Spezieskauf geltenden Regeln zur Anwendung kommen.[4]) Hier aber wurde scharf unterschieden, ob die Übergabe bereits erfolgt war oder nicht. Nur im letzteren Falle wurden die Bestimmungen über die Gewährleistung angewendet.[5]) Danach stand dem Käufer beim Mangel ausdrücklich vorbedungener Eigenschaften stets, beim Fehlen gewöhnlich vorausgesetzter, wenn sie nicht „in die Augen fallend" waren, das Recht zu, „auf die Gewährung (der fehlenden Eigenschaft) anzutragen",[6]) und erst wenn „der Geber (diese) nicht gewähren kann", sollte der Käufer wandeln oder mindern können. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist freilich zweifelhaft gewesen. Dernburg und Eccius[7]) wollten ein Klagerecht daraus überhaupt nicht ableiten, sondern nur dem Verkäufer einen Einwand gegen ein sofortiges Wandelungsverlangen

---

[1]) Förster-Eccius Bd. 1 S. 504; Striethorsts Arch. Bd. 40 S. 123; ROHG. Bd. 7 S. 409; RGE. Bd. 30 S. 158.

[2]) Striethorsts Arch. Bd. 56 S. 79; zustimmend Rehbein S. 518.

[3]) Wann die Sache als aliud anzusehen sei, wurde dabei nur nach der Verkehrsanschauung beurteilt. And. A. Gruchot in seiner Zeitschr. Bd. 2 S. 311 f., der beim Fehlen vorbedungener Eigenschaften die Sache stets als eine andere wie die gekaufte angesehen wissen und daher Nachlieferung gewähren wollte.

[4]) Förster-Eccius Bd. 2 S. 94; Rehbein S. 455; RGE. Bd. 36 S. 232.

[5]) Förster-Eccius Bd. 1 S. 500; Leske Bd. 1 S. 194 A. 6; Kiehl S. 593; OTrE. Bd. 11 S. 190; Striethorsts Arch. Bd. 1 S. 5, Bd. 100 S. 293.

[6]) § 325 I, 5 ALR.

[7]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 379; Förster-Eccius Bd. 1 S. 500 A. 7; ebenso Staub, HGB. 3. Aufl. Art. 347 § 30.

des Käufers geben. Demgegenüber hat aber die Praxis stets daran festgehalten, daß § 325 l. c. ein klagbares Recht gewährt.[1] Dagegen hat sie die vorherige Geltendmachung dieses Rechts nur dann als Voraussetzung des Wandelungsverlangens betrachtet, wenn die Nachbesserung *sofort* erfolgen konnte[2] und wenn nicht aus den Umständen des Einzelfalles, dem zu erforschenden Vertragswillen der Parteien etwas anderes zu entnehmen war.[3] Andererseits hat man aber auch beim Gattungskauf das Nachgewährrecht des § 325 nur als ein Recht auf Ausbesserung der gelieferten mangelhaften Sache angesehen,[4] ein Recht auf Lieferung einer neuen mangelfreien Sache nach der Übergabe aber überhaupt versagt.[5]

Solange dagegen die Übergabe der Sache noch nicht erfolgt war, wurde der Käufer für berechtigt gehalten, die Annahme stets zu verweigern[6] und die in den §§ 229 ff. I, 11 gewährten Rechte geltend zu machen, also in der Regel Klage auf Erfüllung zu erheben[7] (§ 231 I, 11), die beim Gattungskauf jedenfalls auf Lieferung einer mangelfreien Sache gerichtet werden konnte.[8]

b) *Sächsisches Recht.* Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen entscheidet zwar die gemeinrechtliche Streitfrage über die Gewährschaftsansprüche beim Gattungskauf insoweit, als es die Zulässigkeit der ädilizischen Rechtsmittel bejaht. Denn aus der besonderen Hervorhebung der Genusschuld in § 900 Satz 2 folgt jedenfalls, daß im übrigen die Vorschriften dieses Abschnitts, mithin auch § 909, auch beim Gattungskauf anwendbar sein sollen.[9] Dagegen enthält es darüber, ob und wann der Käufer Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle einer mangelhaften fordern kann, keine Bestimmung. Wohl findet sich in den Motiven zu § 909 der Satz: „Dagegen kann der Käufer bei einem genus Nach-

---

[1] vgl. die bei *Leske* Bd. 1 S. 197 A. 1 genannten Entscheidungen. — Obwohl der Anspruch fast allgemein als *Vertragsanspruch* angesehen wurde, wurde er doch meistens der kurzen Verjährungszeit des § 343 I, 5 unterstellt. So ObTrE. Bd. 52 S. 20; RGE. Bd. 21 S. 204; *Leske* Bd. 1 S. 197 A. 1. And. A. aber RG. bei *Gruchot* Bd. 30 S. 919; *Förster-Eccius* Bd. 1 S. 506 A. 28a.

[2] ObTrE. Bd. 69 S. 139; ebenso *Staub* a. a. O.

[3] Striethorsts Arch. Bd. 96 S. 249; ROHG. Bd. 13 S. 235; noch weitergehend Striethorsts Arch. Bd. 37 S. 189 u. RGE. Bd. 34 S. 192, nach denen Käufer zur Nachgewährklage überhaupt nur *berechtigt*, aber nicht *verpflichtet* ist.

[4] *Förster-Eccius* Bd. 2 S. 95 A. 30a.

[5] *Kiehl* S. 606; *Rehbein* S. 455; RGE. Bd. 30 S. 158. And. A. *Staub* a. a. O.; RG. bei *Bolze* Bd. 12 Nr. 458, 459 S. 253 f.

[6] *Förster-Eccius* Bd. 1 S. 385 A. 13.

[7] Striethorsts Arch. Bd. 100 S. 293.

[8] *Kiehl* S. 600.

[9] ROHG. Bd. 11 S. 27 ff.

lieferung fordern. Dies ist aber ein der gegenwärtigen Lehre ganz fremder Gegenstand".[1]) Aber bei keiner anderen „Lehre" ist das Gesetzbuch darauf zurückgekommen. Es kann daher auch hier wie im gemeinen Recht diese Frage nur von allgemeinen Gesichtspunkten aus entschieden werden, so daß naturgemäß die für das gemeine Recht gewonnenen Ergebnisse in gleicher Weise auch für das sächsische Recht Geltung haben.[2])

---

[1]) Siebenhaar, Komm. Bd. 2 S. 139.
[2]) ROHG. Bd. 6 S. 270.

III. Dogmatischer Teil: Das Nachlieferungsrecht im geltenden Recht.

A. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

1. Einleitung.

§ 5.

a) Inhalt der Bestimmung des § 480. Nachlieferungsrecht des Verkäufers?

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zu den Streitfragen des bisherigen Rechts über die Gewährleistung bei Gattungskäufen ausdrücklich Stellung genommen, namentlich hat es auch durch ausdrückliche Vorschrift geregelt, wann der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, dem eine mangelhafte Sache als Erfüllung geliefert wird, an Stelle derselben Lieferung einer mangelfreien verlangen kann. Es bestimmt in § 480 Abs. 1 Satz 1:

> „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird".

Diese Vorschrift fand sich als § 389 schon im 1. Entw. Bezüglich des Nachlieferungsrechts bemerkten die Motive[1]) hierzu, daß es „sich wenig mit den kontraktlichen Rechten des Erwerbers vertragen und unter Umständen zu großen Härten führen würde, wenn man ihm dieses Recht versagen wollte". Die Kritik hatte im allgemeinen an der Gewährung dieses Rechtes nichts auszusetzen.[2]) In der 2. Kommission wurde daher auch unter Ablehnung einiger Zusatz- und Abänderungsanträge nur eine un-

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 242.

[2]) Dagegen aber Berndorff S. 92f.

wesentliche redaktionelle Änderung des Wortlauts vorgenommen, mit der die Vorschrift dann zum Gesetz erhoben wurde.

Abweichend von der herrschenden Lehre des bis dahin geltenden Rechts gibt also das Bürgerliche Gesetzbuch das Recht auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache nicht an Stelle, sondern alternativ neben den ädilizischen Ansprüchen. Es läßt dabei dem Käufer vollkommen freie Wahl, welches von diesen Rechtsmitteln er zur Wahrung seiner Interessen benutzen will, ohne etwa eine bestimmte Reihenfolge vorzuschreiben.

Voraussetzung für die Wahl der Nachlieferung ist allerdings, daß mangelfreie Lieferung tatsächlich möglich ist. Da das Gesetz selbst diese Einschränkung nicht erwähnt, scheint man bei seiner Abfassung nicht daran gedacht zu haben, daß es auch Fälle geben kann, in denen die Nachlieferung mangelfreier Sachen unmöglich ist. Solche können aber namentlich beim gemischtgenerischen Kauf doch vorkommen, z. B. wenn der ganze Vorrat, aus dem zu leisten ist, mangelhaft ist, ohne daß dies dem Käufer beim Geschäftsabschlusse bekannt war; und selbst beim reinen Gattungskaufe sind sie nicht völlig ausgeschlossen, z. B. wenn die zu liefernde Sache nach den ausdrücklichen Parteivereinbarungen eine Eigenschaft haben soll, welche tatsächlich keine einzige Sache im ganzen genus besitzt. In diesen Fällen folgt schon aus der Natur der Sache, daß das Nachlieferungsrecht jedenfalls ausgeschlossen ist.

Muß nun aber der Verkäufer, wenn der Käufer Nachlieferung verlangt, stets eine neue Sache liefern, oder kann er sich damit begnügen, die schon gelieferte mangelhafte nur auszubessern? Der Wortlaut des Gesetzes: „Der Käufer . . . kann verlangen, daß ihm . . . an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird“, spricht jedenfalls für die erste Alternative. Trotzdem wird m. E. der Käufer auch mit einer bloßen Nachbesserung zufrieden sein müssen, wenn eine solche sofort und leicht zu bewerkstelligen ist und der vorhandene Mangel dadurch offensichtlich ganz beseitigt werden kann.[1]) Denn da der Käufer durch sein Nachlieferungsbegehren kundgibt, daß durch die Lieferung mangelfreier Sachen seinen Interessen vollkommen genügt ist, so würde es m. E. gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er dennoch durchaus eine neue Sache verlangen wollte, wodurch dem Verkäufer mitunter eine nicht unerhebliche Mehrbelastung, z. B. durch Transportkosten, auferlegt werden würde.

Praktisch wichtiger als die eben erörterte dürfte indes die Frage sein, ob nach geltendem Recht auch der Verkäufer ein Recht

[1]) Staudinger § 462 N. VIa S. 522; OLG. Frankfurt, Rechtspr. Bd. 9 S. 286; and. A. Staub § 377 A. 94 S. 1639.

darauf hat, die gelieferte mangelhafte durch eine mangelfreie Sache zu ersetzen. Grundsätzlich ist, wie aus dem Wortlaut des Gesetzes folgt, diese Frage zu verneinen. Denn andernfalls würde der Verkäufer den Käufer hindern können, sich für Wandelung oder Minderung zu entscheiden, und würde so das dem letzteren in § 480 ohne jede Einschränkung eingeräumte Wahlrecht aufheben. In der Versagung dieses Rechts erblickten nun schon die Kritiker des 1. Entw. eine gegenüber der günstigen Lage des Käufers wenig gerechtfertigte Benachteiligung des Verkäufers und verlangten einmütig, daß auch diesem ein Nachlieferungsrecht gegeben würde.[1]) In der 2. Kommission wurden denn auch mehrere dahingehende Anträge gestellt.[2]) Während der eine von diesen dem Verkäufer ein solches Recht ohne jede Einschränkung gewähren wollte, sollte er nach einem andern dadurch nur die Wandelung, nicht auch die Minderung des Käufers abwenden können; ein dritter Antrag endlich wollte es noch enger umgrenzen; es sollte auch dann ausgeschlossen sein, wenn ein Fixgeschäft vorläge, ferner wenn der Verkäufer sich einer Arglist schuldig gemacht hätte, wenn er sich im Verzuge befände oder überhaupt die Nachlieferung für den Käufer kein Interesse mehr hätte. Nachdem die Kommission in einer Reihe von Eventualabstimmungen alle diese Einschränkungen im wesentlichen gutgeheißen hatte, lehnte sie die Gewährung des Nachlieferungsrechtes an den Verkäufer schließlich doch noch gänzlich ab und machte dafür folgende Gründe geltend. Wollte man die Ablehnung der Nachlieferung durch den Käufer von dem Nachweis abhängig machen, daß er an derselben kein Interesse mehr habe, so würde — abgesehen von einer unvermeidlichen Vermehrung der Prozesse — der Käufer mitunter genötigt sein, seine ganze Geschäftslage darzulegen. Außerdem werde der Käufer häufig ein berechtigtes Mißtrauen gegen den Verkäufer hegen, der ihm mangelhaft geleistet habe, so daß ihm nicht zugemutet werden könne, gegen seinen Willen sich noch weiter mit dem Verkäufer einzulassen.

Ob diese Erwägungen wirklich in allen Punkten zutreffend sind, kann hier dahingestellt bleiben. Denn selbst ihre Richtigkeit vorausgesetzt, sind sie m. E. doch nicht durchschlagend genug, um ein Nachlieferungsrecht des Verkäufers in allen Fällen auszuschließen, da die völlige Versagung desselben gegen den durch § 242 an die Spitze des ganzen Schuldrechts gestellten Rechtsgrundsatz der Berücksichtigung von Treu und Glauben verstoßen würde, wie folgende Überlegung zeigt:

---

[1]) vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB. Bd. 2 S. 148 f. zu § 398.

[2]) vgl. Prot. Bd. 1 S. 713 ff.

Liefert der Verkäufer gar nicht oder so mangelhaft, daß die Sache als ein aliud erscheint, so muß der Käufer, um zurücktreten zu können, nach § 326 dem Verkäufer erst noch eine Frist setzen, innerhalb welcher dieser immer noch leisten kann. Es würde also der Verkäufer um so besser gestellt sein, je schlechter er seine Verbindlichkeit erfüllt.[1]) Zwar hat die 2. Kommission diesen Einwand zu entkräften gesucht, indem sie ausführte: Solange noch nicht geleistet sei, erscheine die Sachlage noch unverändert; der Verkäufer könne daher ... nach wie vor seine Verbindlichkeit erfüllen; habe er dagegen, wenn auch mangelhaft, geliefert, so habe er es unternommen, den Vertrag zu erfüllen, und dem Käufer zugemutet, die mangelhafte Lieferung als Erfüllung anzusehen. Er habe mithin die Sachlage durch einen von ihm zu vertretenden Umstand geändert und müsse daher billigerweise die sich daraus ergebenden Folgen tragen.[2])

Diese Erwägungen sind wohl zutreffend, wenn dem Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Sache bei der Lieferung selbst bekannt ist; andernfalls kann m. E. auch aus ihnen nur entnommen werden, daß das dadurch gestützte Resultat logisch und theoretisch folgerecht, nicht aber, daß es auch „billig" ist. Warum nun gerade dem Verkäufer gegenüber die „logische Folgerichtigkeit" der Billigkeit vorgehen soll, während bei Bemessung der Rechte des Käufers jene ausdrücklich als „nicht entscheidend"[3]) erklärt wurde, ist doch nicht abzusehen.

Nach dem Vorstehenden wird von einem Nachlieferungsrecht des Verkäufers allerdings dann keine Rede sein können, wenn sich derselbe bei der mangelhaften Lieferung einer Arglist schuldig gemacht hat. Hat er dagegen schon vor dem vereinbarten Lieferungstermine eine mangelhafte Sache angeboten oder geleistet, so wird ihm m. E. ohne weiteres das Recht zuzugestehen sein, diese durch eine mangelfreie zu ersetzen, wenn er dazu noch unter Einhaltung der vertragsmäßigen Lieferungsfrist imstande ist. Denn der Käufer müßte ja, wenn die erste mangelhafte Lieferung gar nicht erfolgt wäre, die zweite ohne weiteres gelten lassen. Aber noch darüber hinaus wird man — abgesehen von dem Fall des Fixgeschäfts — den Käufer aus § 242 zur Annahme der angebotenen Nachlieferung verpflichten können, wenn der Verkäufer zwar erst nach dem ursprünglichen Lieferungstermine, doch ohne namhaften Zeitverlust, mangelfrei zu leisten vermag und dadurch keine berechtigten Interessen des Käufers verletzt werden.[4])

---

[1]) Prot. Bd. 1 S. 715; Cosack § 127 V, 2 S. 451.
[2]) Prot. Bd. 1 S. 717 f.
[3]) Prot. Bd. 1 S. 713.
[4]) Im Ergebnis ebenso Planck § 480 N. 4 S. 391; Staudinger § 480

Liegen diese Voraussetzungen aber vor, so wird man — entgegen der Ansicht der 2. Kommission[1]) — dem Verkäufer gestatten müssen, nicht nur die Wandelung, sondern auch die Minderung des Käufers dadurch abzuwenden, sofern nur letzterer die empfangene mangelhafte Sache ohne große Schwierigkeiten zurückerstatten kann.

§ 6.

b) Rechtliche Natur des Nachlieferungsanspruchs.

In mehr oder minder bewußter Anlehnung an das bisherige Recht sieht die herrschende Meinung auch in dem Nachlieferungsanspruche des § 480 BGB. nichts anderes als den ursprünglichen Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrags,[2]) indem sie davon ausgeht, daß durch die Lieferung einer mangelhaften Sache der Gattungskauf nicht erfüllt werden kann.

Da, wie gleich vorweg bemerkt sei, m. E. diese Ansicht nicht richtig ist, ist ein Eingehen auf das Verhältnis zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsanspruch überhaupt erforderlich.

Schon beim Spezieskauf herrscht hierüber lebhafter Streit.

Die heute wohl noch als herrschend zu bezeichnende Lehre[3]) behauptet, zum Teil ohne nähere Begründung, zum Teil unter Berufung auf den Wortlaut des § 459, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in dieser Frage dem preußischen Rechte gefolgt sei, welches, wie schon erwähnt, den Satz aufstellte: „Auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung des Vertrages“.

Hiergegen ist indes neuerdings in immer wachsendem Maße

R. IId S. 564; Crome Bd. 2 § 220 A. 24 S. 447; Matthiaß Bd. 1 S. 498; and. A. Berndorff S. 94; Eck Bd. 1 S. 459; Endemann Bd. 1 § 161 A. 61 S. 1000; Dernburg Bd. 2, 2 § 188 A. 6 S. 86; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 508 A. 1; Staub § 377 A. 55 S. 1620; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 155; OLG. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 62 Nr. 205 S. 356.

[1]) Prot. Bd. 1 S. 716.

[2]) So ausdrücklich Mot. Bd. 2 S. 242; Crome Bd. 2 § 222 III S. 472; Enneccerus Bd. 1 S. 861; Matthiaß Bd. 1 S. 450; Neumann § 480 A. 1; Krahmer S. 116; Kiehl S. 606; Emerich S. 68; Haymann S. 544f.; Krückmann, Unmöglichkeit S. 178, 180 A. 22; Siber S. 206; Wolff S. 69; Oertmann im Recht 1908 S. 351; RGE. Bd. 53 S. 204.

[3]) So Cosack § 127 II S. 440f.; Leske Bd. 1 S. 193; Neumann § 320 A. 2; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 73; Makower §§ 375, 376 Vorbem. IId, 3 S. 1100; Emerich S. 68f.; Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 306; Schoeller bei Gruchot Bd. 46 S. 14ff.; Kisch S. 193ff.; Titze S. 274; unklar Endemann § 161 A. 31 S. 992: „Freiheit von kraft Gesetzes zu vertretenden Fehlern gehört zur Erfüllungspflicht des Verkäufers“, aber S. 987f.: „Mangelhafte Leistung gilt nicht als Nichterfüllung, Verkäufer kommt dadurch nicht in Verzug“; unentschieden Meusing S. 1 A. 1.

lebhafter Widerspruch erhoben worden.[1]) Es ist zunächst darauf hingewiesen worden, daß der Wortlaut des § 459, wo nur von einer „Haftung", nicht aber von einer „Verpflichtung" des Verkäufers die Rede ist, der herrschenden Meinung jedenfalls keine Stütze bietet.[2]) Andererseits ist die Regelung der Gewährleistung wegen Sachmängel im Bürgerlichen Gesetzbuch in bewußtem Anschlusse an das römische Recht erfolgt,[3]) das von der auf dem Vertrage beruhenden Erfüllungspflicht die auf dem Edikt beruhende Gewährleistungspflicht scharf unterschied.[4]) In der Tat kennt auch § 433, dessen Abs. 1 die Vertragspflichten des Verkäufers regelt, keine Pflicht zu mangelfreier Lieferung, und auch sonst findet sich im Gesetz keine Bestimmung, aus der eine solche gefolgert werden könnte. Ferner ist das Recht „auf Nachgewähr der fehlenden Eigenschaft", welches im preußischen Recht durch §§ 331, 325 I, 5 ALR. dem Käufer konsequenterweise gewährt war, in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen. Der Verkäufer hat heute grundsätzlich weder eine Pflicht noch ein Recht zur Nachbesserung des Geleisteten. Der Käufer, dem mangelhaft geliefert wird, kann also nicht auf mangelfreie Erfüllung klagen. Denn „gerade diese eine Sache ist verkauft, und daher hat der Verkäufer mit ihrer Lieferung seine Verpflichtung erfüllt".[5]) [6])

Hieran ändert sich aber auch nichts, wenn der Mangel der Sache in einem Verstoß gegen eine ausdrückliche Zusicherung des Verkäufers besteht, da in diesem Falle eben nur das als Neben-

---

[1]) Crome Bd. 2 § 220, 2 S. 444; Matthiaß Bd. 1 S. 442f.; Landsberg Bd. 1 S. 426, 428; Schroeder S. 2ff.; Kloß S. 283; Oertmann, Beweislast, im Recht 1908 S. 345.ff; Fischer S. 169; Krahmer S. 108f.; v. Blume S. 237; ferner die S. 24 A. 1 Genannten und wohl auch Dernburg Bd. 2, 2 § 185 I S. 69: „Der Käufer einer speziellen Sache hat keinen Anspruch auf Leistung der Mängelfreiheit" (vgl. aber S. 30 A. 1).

[2]) vgl. Schroeder S. 3. Im übrigen ist m. E. freilich weder aus der Terminologie des Gesetzes, die hier eine scharfe Scheidung der Begriffe vermissen läßt (Nachweise vgl. bei Siber S. 169ff.), noch aus der widerspruchsvollen Haltung der Motive (vgl. einerseits S. 221, 224, andererseits S. 227) ein durchschlagender Beweis gegen die herrschende Lehre zu entnehmen.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 224 zu § 381 f.

[4]) vgl. oben S. 5.

[5]) Crome Bd. 2 § 220 A. 4 S. 444.

[6]) Ist eine mangelhafte Sache aber überhaupt erfüllungsgeeignet, so ist es m. E. auch gleichgültig, wann der Mangel entstanden ist: ob er bereits vor dem Vertragsschluß vorhanden war oder erst nachher eingetreten ist; auch letzternfalls ist die Sache immer noch „die gekaufte". Vgl. dazu die Ausführungen bei Krückmann, Unmöglichkeit S. 155ff. und Wolff S. 7 und Anm. 2; zu eng daher Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 96ff., dem aber die meisten der A. 1 Genannten darin gefolgt sind.

vertrag sich darstellende Garantieversprechen, nicht aber auch der Hauptvertrag unerfüllt bleibt.[1])

Hat nun die vorstehend zunächst nur für den Spezieskauf entwickelte Theorie auch für den Gattungskauf Geltung?

Erkennt man überhaupt einen prinzipiellen Unterschied zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht an, dann kann nicht geleugnet werden, daß wie für den Spezies-, so auch für den Gattungskauf die Erwägung zutreffend sein muß: Der Verkäufer kommt seiner Erfüllungspflicht nach, wenn er nur die gekaufte Sache liefert. Als gekaufte Sache ist aber jede anzusehen, die zur vereinbarten Gattung gehört. Da nun, wie schon seit Bekkers Ausführungen [2]) nicht mehr bestritten worden ist, auch eine mangelhafte Sache noch immer zur vereinbarten Gattung gehören kann, so kann also logisch auch der Gattungskauf durch Lieferung einer mangelhaften Sache erfüllt werden.[3])

Trotzdem behaupten aber die meisten der oben S. 23 A. 1 genannten Schriftsteller,[4]) daß beim Gattungskauf im Gegensatz zum Spezieskauf tatsächlich mangelfreie Lieferung zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre. Sie führen hierfür freilich nicht logische Gründe an, sondern berufen sich vielmehr auf positive Gesetzesbestimmungen, nämlich auf § 243 und § 480.

Nach § 243 hat der Schuldner einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine solche von mittlerer Art und Güte zu leisten und kann nur durch Leistung einer solchen die Konzentration auf eine Speziesschuld herbeiführen. Daraus folge, so meint man nun, daß nur durch mangelfreie Sachen die Gattungsschuld erfüllt werden könne. Denn eine mit Mängeln behaftete Sache sei nicht mehr mittlerer Art und Güte, es sei denn, daß die Mängel so geringfügig seien, daß sie rechtlich überhaupt unbeachtet blieben.[5])

Dem kann indes nicht zugestimmt werden. Es ist vielmehr sehr wohl möglich, daß eine Sache Mängel hat, die ihr die Zu-

---

[1]) Näheres vgl. bei Krückmann, Anfechtung S. 105 A. 1; Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 98 und Wolff S. 2 ff.; wie hier ferner Enneccerus Bd. 1 S. 858; Schultze S. 158; Hellbach im Recht 1905 S. 6 und mit Einschränkungen Oertmann § 433 N. 2γγ S. 325.

[2]) vgl. oben S. 7.

[3]) So Berndorff S. 87; vgl. auch Dernburg Bd. 2, 2 § 188 I S. 85. Ist eine der bedungenen nach Gattung und Art entsprechende, wenn auch fehlerhafte Sache geliefert und angenommen, so ist keineswegs etwas anderes, als vereinbart war, geliefert, vielmehr ist erfüllt, nur ist mangelhaft erfüllt.

[4]) Anders nur Schollmeyer a. a. O.; Berndorff S. 93 und wohl auch Fischer S. 169 f., 215.

[5]) Emerich S. 68; Enneccerus Bd. 1 S. 861 A. 3; Landsberg Bd. 1 S. 434; Planck § 480 N. 1 S. 389.

gehörigkeit zu mittlerer Art und Güte nicht nehmen, ohne daß sie andererseits doch so unerheblich wären, daß sie nicht als Fehler im Sinne des § 459 anzusehen wären; so z. B. wenn der im übrigen dem Vertrage völlig entsprechende Wein nach dem Korken schmeckt (Schroeder), oder wenn der Schuldner ohne Wissen des Gläubigers eine an sich bessere Sache als von mittlerer Art und Güte liefert, die aber infolge eines ihr anhaftenden Fehlers nur als eine solche anzusehen ist; also etwa, wenn der Zigarrenhändler eine 20 Pf.-Zigarre mit beschädigtem Deckblatt für 10 Pf. verkauft.

Kann aber eine Sache von mittlerer Art und Güte auch mangelhaft sein, so folgt gerade aus § 243 Abs. 2, daß auch der Gattungskauf durch mangelhafte Leistung erfüllt werden kann. Denn nur die Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte schlechthin, nicht die Leistung einer solchen mangelfreien Sache seitens des Schuldners, gehört hiernach zu dem „zur Leistung seinerseits Erforderlichen".[1])

Damit scheint nun allerdings die Bestimmung des § 480 Abs. 1 Satz 1 in Widerspruch zu stehen, nach welcher beim Gattungskaufe dem Käufer das Recht zusteht, anstatt der gelieferten mangelhaften Sache eine mangelfreie zu verlangen.[2]) Allein schon die Tatsache, daß daneben ohne jede weitere Unterscheidung auch Wandelung und Minderung gewährt werden, muß auffallen. Denn diese Gewährleistungsansprüche können doch — ihre begriffliche Verschiedenheit vom Erfüllungsanspruch vorausgesetzt — nur dann gegeben sein, wenn der Kauf (zwar mangelhaft, aber doch) erfüllt ist, der Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch dagegen nur dann, wenn noch nicht erfüllt ist. Diese Inkonsequenz sucht man freilich damit zu erklären, daß

---

[1]) Neuestens ist die hier vertretene Theorie auch von Wolff (S. 68, 70 a. a. O.) aus § 243 bekämpft worden, indem er geltend macht, daß sie auf einer unrichtigen Wortinterpretation dieser Gesetzesbestimmung beruhe. „Nur" der Gattung nach bestimmt sei eine Sache dann nicht, wenn sie außer der Gattung nach noch durch bestimmte Beschaffenheitsmerkmale bestimmt sei. Diese Behauptung kommt wohl darauf hinaus, daß § 243 eine Dispositivvorschrift ist, so daß wenn eine bessere Qualität als mittlere Art und Güte vereinbart ist, nur durch Lieferung einer solchen die Konzentration herbeigeführt werden kann. Das ist freilich richtig (vgl. unten S. 34). Doch kann eine Sache auch alle vereinbarten Qualitätseigenschaften haben und dennoch mangelhaft sein (vgl. das Beispiel Bekkers oben S. 7). Auch in einem solchen Falle keine Konzentration eintreten zu lassen, geht aber m. E. nur dann an, wenn man annimmt, daß Fehlerlosigkeit stets als stillschweigend zugesichert gilt, was indes für das geltende Recht zweifellos nicht zutrifft (Berndorff S. 87; Crome § 220 A. 4 S. 444) und ernstlich auch noch nicht behauptet worden ist.

[2]) Hierauf berufen sich Oertmann § 480 N. 2 S. 404 und v. Blume S. 238 f.

man meint, es müsse aus Billigkeitsrücksichten dem Käufer gestattet sein, die mangelhafte Leistung, durch die eigentlich nicht erfüllt werden könne, doch insoweit als Erfüllung gelten zu lassen, daß dadurch die Beschränkung des Gattungskaufs auf die geleistete Sache eintrete und er nun auch dieselben Rechte wie bei mangelhafter Erfüllung eines Spezieskaufes geltend machen könne.[1])

Doch bleibt auch bei diesem Erklärungsversuch immer noch der Widerspruch zwischen § 243 Abs. 2, nach welchem eben auch durch eine mangelhafte Sache Konzentration herbeigeführt wird, sofern sie nur der vereinbarten Gattung und Qualität angehört, und § 480 Abs. 1 Satz 1, aus dem folgen soll, das stets nur durch eine mangelfreie Sache erfüllt werden könne, bestehen.[2])

Es braucht aber aus der Vorschrift des § 480 Abs. 1 Satz 1 gar nicht notwendig die Folgerung gezogen werden, daß der Gattungskauf nur durch mangelfreie Lieferung erfüllt werden kann; sie besagt vielmehr nichts weiter, als daß beim Gattungskauf der Käufer, dem eine mangelhafte Sache geliefert wird, diese nicht nur gegen Preisminderung behalten oder unter Auflösung des Kaufes gegen Rückzahlung des Preises zurückgeben kann, sondern daß er auch berechtigt ist, sie gegen eine andere nunmehr mangelfreie Sache umzutauschen.[3])

Ergibt sich hiernach die Auffassung, daß der Nachlieferungsanspruch nur der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist, keineswegs mit Notwendigkeit aus dem Gesetzeswortlaut, so ist sie um so mehr abzulehnen, als sie mit § 480 Abs. 1 Satz 2, durch welchen der Anspruch in der Hauptsache den für die Wandelung geltenden Regeln unterworfen wird, völlig unvereinbar ist. Denn die Nach-

---

[1]) Dernburg Bd. 2, 2 § 188 III S. 85; Eck Bd. 1 S. 458; Enneccerus Bd. 1 S. 861; Crome Bd. 2 § 147, 2 S. 48; Landsberg Bd. 1 S. 434; Schoeller S. 23, 28; Krückmann, Unmöglichkeit S. 179. Nach Wolff (S. 71) liegt, wenn der Käufer Wandelung oder Minderung wählt, stets Konkretisierung durch Willenseinigung der Parteien vor. Daß die Konkretisierung auch auf diese Weise erfolgen kann, ist nicht zu leugnen. Unrichtig erscheint es mir aber, daß eine solche Konkretisierung bei jeder mangelhaften Lieferung möglich ist. M. E. kann mindestens in den gewiß nicht seltenen Fällen, in welchen dem Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Sache bei der Lieferung selbst unbekannt war, er sich also über ihre Beschaffenheit im Irrtum befand, von einer für ihn (unanfechtbaren!) Willenseinigung nicht die Rede sein. Vgl. dazu auch die Ausführungen oben S. 9f. und S. 11 A. 1.

[2]) Natürlich muß § 243 als Beweismittel sowohl für wie gegen die hier vertretene Theorie ganz ausscheiden, wenn man sich der Ansicht anschließt, daß diese Vorschrift für das Gewährschaftsrecht durch § 480 überhaupt außer Kraft gesetzt ist Vgl. darüber unten S. 35.

[3]) Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 103. Daß diese Auslegung freilich etwas gezwungen erscheint, ist v. Blume a. a. O. wohl zuzugeben. Doch erscheint sie mir gegenüber den nachstehend erwähnten andernfalls bestehenden rechtlichen Bedenken als das kleinere Übel.

lieferung kann danach in der Regel nur verlangt werden, wenn der Käufer die empfangene mangelhafte Leistung unverändert zurückgewähren kann; nur Zug um Zug gegen Rückgabe dieser braucht der Verkäufer sie zu bewirken, und endlich hat sie, wie wenigstens die herrschende Meinung annimmt,[1]) unter Umständen nicht an dem durch den Vertrag bestimmten Erfüllungsort, sondern dort zu erfolgen, wo die mangelhafte Sache sich befindet. Wäre nun durch die geschehene mangelhafte Leistung der Vertrag nicht erfüllt, so stände diese doch rechtlich in gar keinem Zusammenhange mit ihm, so daß eine derartige Abhängigkeit des Nachlieferungsanspruchs von jener Leistung rechtlich nicht begründet wäre. Ferner würde, wenn der Nachlieferungsanspruch wirklich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch wäre, die vorgeschriebene Anwendbarkeit des § 477 zu dem Ergebnis führen, daß der Erfüllungsanspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises zwar erst in 30 Jahren, der des Käufers dagegen schon in 6 Monaten verjährt. Weiter müßte, wenn der Gattungskauf durch mangelhafte Leistung nicht erfüllt werden könnte, folgerichtig auch dem Verkäufer grundsätzlich ein Nachlieferungsrecht zustehen.[2]) Ganz unerklärlich aber würde schließlich sein, warum die Nachlieferung, also die Erfüllung des Vertrages, ausgeschlossen ist, wie arg. § 476 ergibt, wenn dem Verkäufer die Verpflichtung zur Gewährleistung durch Parteivereinbarung erlassen ist.

Aus alledem ist daher m. E. die Folgerung zu ziehen, daß der Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache tatsächlich ein Gewährleistungsanspruch ist.[3]) Als solcher steht er in der Mitte zwischen Wandelung und Minderung. Durch letztere wird die Erfüllung modifiziert, durch erstere der ganze Vertrag aufgehoben, durch Geltendmachung des Nachlieferungsanspruchs unter Aufrechterhaltung des Vertrages die Erfüllung rückgängig gemacht. Folgerichtig muß der Nachlieferungsanspruch dem Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen mangelhaften Leistung und nicht dem Erfüllungsanspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises gegenüberstehen, wie sich denn auch in der Tat die im § 480 zitierten Bestimmungen (mit alleiniger Ausnahme des § 478) auf die Regelung des gegenseitigen Verhältnisses dieser beiden Ansprüche beziehen.

---

[1]) Näheres vgl. unten S. 53.

[2]) So auch Leonhard bei Eck Bd. 1 S. 459 A. 2 und Fischer S. 216.

[3]) So Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 102; Fischer S. 214; Schultze S. 159 und von denen, die auch die Gewährleistung zur Erfüllung des Vertrages rechnen: Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 152; Staub § 377 A. 94 S. 1636; Makower, Anhang zu § 377 A. VI a S. 1206 f.; RG. im Sächs. Arch. Bd. 15 S. 63.

§ 7.

c) Folgerungen.

Die im vorstehenden Paragraphen vertretene Auffassung von dem Verhältnis der Erfüllungspflicht des Verkäufers zu seiner Gewährleistungspflicht ist für die Beantwortung einer Reihe anderer Streitfragen von entscheidendem Einfluß.

Zunächst für die Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Gewährleistungsansprüche überhaupt und damit auch des Nachlieferungsanspruchs.

Eine große Zahl von Schriftstellern ist unter Berufung auf § 459 der Ansicht, daß die Gewährschaftsansprüche erst dann entstehen oder doch erst geltend gemacht werden können, wenn die Sache so weit geleistet ist, daß die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist.[1]) Nimmt man aber an, daß aus dem Vertrage neben der Erfüllungspflicht eine davon verschiedene selbständige Gewährleistungspflicht entspringt, so muß man m. E. konsequenterweise auch weiter annehmen, daß die dieser Pflicht des Verkäufers entsprechenden Rechte des Käufers ebenfalls schon mit dem Vertragsschlusse entstehen,[2]) wenn auch als bedingte, für den Fall, daß die gekaufte Sache mangelhaft ist.[3])

Eine weitere Folgerung aus der Scheidung von Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht ist die Unanwendbarkeit der Regeln des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse über Unmöglichkeit und Verzug auf die Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer.[4]) Denn wenn dieser auch durch eine solche Leistung Erfüllung bewirkt, so liegt naturgemäß weder gänzliche, noch teilweise Unmöglichkeit, noch auch Verzug der Erfüllung vor. Der Käufer kann daher wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache nie die Rechte der §§ 323 ff. geltend machen, sondern ist

---

[1]) So Dernburg Bd. 2, 2 § 185 I S. 69; Enneccerus Bd. 1 S. 847; Leske Bd. 1 S. 195; Staudinger Vorbem. 1 b zu §§ 459 ff. S. 496; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 82, 124; Staub § 377 A. 42 S. 1500; Schroeder S. 13; Kiehl S. 609; RGE. Bd. 52 S. 335, Bd. 53 S. 73; OLG. Stuttgart im Recht 1908 S. 52 Nr. 285.

[2]) So Crome Bd. 2 § 222 A. 2 S. 459; Endemann § 161, 3 S. 996; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 699; Oertmann § 459 N. 3 S. 365 und Abnahmepflicht, Recht 1909 S. 623 f.; Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 95 f.; Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 315; Schoeller S. 15; Werner S. 339; Krückmann, Anfechtung S. 104; Makower §§ 375, 376 Vorbem. II d, 2 S. 1099.

[3]) Die von Fischer (S. 225) vertretene auf §§ 477, 118 gestützte Ansicht, daß die Gewährschaftsrechte erst mit der Ablieferung entständen, scheitert m. E. daran, daß der Käufer sich schon vor dem Abschluß des Vertrages im Besitze der Sache befinden kann, jene Rechte aber doch frühestens mit dem Vertragsschlusse entstehen können. Vgl. dazu RGE. Bd. 65 S. 245 ff.

[4]) Literatur bei Krückmann, Anfechtung S. 104 ff.

allein auf die Gewährleistungsrechte beschränkt.[1]) Dagegen steht ihm, wenn den Verkäufer bei der mangelhaften Lieferung ein Verschulden trifft, neben jenen Ansprüchen noch ein anderer Rechtsbehelf zu: der allgemeine Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung der Schuldnerpflicht. Die Zubilligung dieses Anspruchs ist auch mit der vorstehend vertretenen Auffassung wohl vereinbar. Denn mag man ihn nun unmittelbar aus § 276 herleiten oder mag man ihn auf Gesetzesanalogie begründen, beidesfalls beruht er weder auf der Unmöglichkeit noch auf der Verzögerung mangelfreier Lieferung, sondern eben nur auf dem Verschulden des Verkäufers.[2])

Aus dem Satze, daß auch mit mangelhafter Leistung erfüllt werden kann, muß andererseits auch die Folgerung gezogen werden, daß der Käufer grundsätzlich nicht berechtigt ist, die Abnahme einer mangelhaften Sache zu verweigern, und daß er in Annahmeverzug gerät, falls er dies doch tut. Praktisch bedeutsam wird dies für ihn aber nur, wenn er nachher Minderung oder — soweit dies zulässig ist — Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt. Entscheidet er sich dagegen für Nachlieferung oder Wandelung, so steht ihm tatsächlich von Anfang an ein Zurückweisungsrecht zu. Freilich liegt in der Zurückweisung nicht etwa die Geltendmachung der Einrede des nicht- (oder nicht gehörig) erfüllten Vertrages, vielmehr stützt sie sich auf die Gewährschaftsansprüche selbst. Denn wenn diese bereits mit dem Vertragsschlusse entstehen, so können sie auch schon von diesem Zeitpunkte an geltend gemacht werden, und das geschieht der Lieferung gegenüber eben durch die Zurückweisung.[3])

Endlich wird der Unterschied der Auffassungen über das Verhältnis von Erfüllung und Gewährleistung auch für die Frage der Beweislast bedeutsam. Sieht man den Vertrag bei mangel-

---

[1]) Wohl zu unterscheiden davon ist der Fall, daß der Verkäufer mit der vom Käufer zu Recht verlangten Nachlieferung in Verzug kommt. Hierüber vgl. unten S. 54.

[2]) Näheres vgl. bei Schultze a. a. O., bei Krückmann, Anfechtung S. 110ff. und Unmöglichkeit S. 190ff.; dort auch Literaturnachweise; neuestens auch v. Blume a. a. O.

[3]) Crome Bd. 2 § 222 A. 2 S. 459; Enneccerus Bd. 1 S. 859 A. 4; Berndorff S. 87; Hellbach im Recht 1905 S. 6 u. Wolff S. 84 (der aber keinen Annahmeverzug eintreten läßt; vgl. S. 7ff.); insbesondere aber Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 97ff. u. Oertmann, Abnahmepflicht, im Recht 1909 S. 617ff., welch letzterer nachweist, daß diese Auffassung auch zu praktisch wohl brauchbaren Ergebnissen führt. Ein unbeschränktes Zurückweisungsrecht gewähren dem Käufer dagegen trotz Anerkennung des begrifflichen Unterschiedes zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht: Fischer S. 223; Krückmann, Unmöglichkeit S. 180 A. 122; ferner aus der Praxis RGE. Bd. 54 S. 81; JurW. 1904 S. 198; Seufferts Arch. Bd. 60 Nr. 185 S. 349.

hafter Lieferung als nicht erfüllt an, so muß folgerichtig, wenn der Käufer die Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache behauptet, der Verkäufer dartun, daß sie mangelfrei und daher durch ihre Lieferung Erfüllung erfolgt ist.[1]) Nach der andern Ansicht muß dagegen der Käufer, der sich auf die vom Erfüllungsanspruch begrifflich verschiedenen, selbständigen Gewährschaftsrechte beruft, deren Voraussetzungen, zu denen vor allem auch die Mangelhaftigkeit der geschehenen Leistung gehört, beweisen.[2]) Nach der hier vertretenen Meinung muß demgemäß auch beim Gattungskauf dem Käufer der Beweis der Mangelhaftigkeit der Sache auferlegt werden.[3])

2. Voraussetzungen.

§ 8.

a) Allgemeines.

Über die Voraussetzungen des Anspruchs auf Lieferung einer mangelfreien Gattungssache an Stelle der mangelhaften gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine ausdrückliche Bestimmung. § 480 besagt nur, daß der Anspruch gegeben ist „statt der Wandelung oder Minderung". Daraus folgt, daß die Voraussetzungen für den Nachlieferungsanspruch die gleichen sind wie für jene Rechte.[4])

Erstes Erfordernis ist danach das Bestehen eines gültigen Kaufvertrages. Ist der Vertrag nichtig, so kann ein Gewährleistungsanspruch natürlich ebensowenig daraus entstehen wie ein Erfüllungsanspruch. Das gleiche gilt, wenn der Vertrag nachträglich infolge Anfechtung wieder wegfällt.

Weitere Bedingung für das Wirksamwerden des Anspruchs ist, wie § 480 ergibt, daß der Verkäufer eine mangelhafte Sache liefert. Wann eine Sache als mangelhaft anzusehen ist, ist dabei aus § 459 zu entnehmen, der — wie sich schon aus seiner Stellung im System ergibt — die für das ganze Gewährschaftsrecht gültige Definition des gesetzlichen Begriffs der Mangelhaftigkeit enthält und daher zweifellos, trotz des Fehlens einer ausdrück-

---

[1]) So z. B. Dernburg Bd. 2, 2 § 184 V S. 65; Endemann § 161 A. 31 S. 992; Makower, Anhang zu § 377 N. XII b 2 S. 1226.

[2]) So Crome § 220, 7 S. 452 und namentlich Hellbach im Recht 1905 S. 8 u. Oertmann, Beweislast, im Recht 1908 S. 351; teilweise anders Wolff S. 25.

[3]) Im Ergebnis ebenso (aber inkonsequent) Planck § 480 N. 3a S. 391.

[4]) Denkschr. S. 65.

lichen Verweisung darauf, für den Nachlieferungsanspruch ebenfalls Geltung hat.[1]) Aus ihm folgt zugleich, daß nur solche Mängel, die mindestens schon zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sind, berücksichtigt werden; später entstandene bleiben also bedeutungslos.[2])

Diese Bestimmungen enthalten nur dispositives Recht (arg. § 476); sie können daher durch Parteivereinbarung derart abgeändert werden, daß die Haftung des Verkäufers ihren Voraussetzungen wie ihrem Umfange nach sowohl erweitert, als auch beschränkt oder ganz ausgeschlossen werden kann. Daß letzteres auch für den Nachlieferungsanspruch gilt, ist infolge der Erwähnung des § 476 in § 480 Abs. 1 Satz 2 zweifellos.

Soweit bezüglich der Einzelheiten der erwähnten Vorschriften für den Nachlieferungsanspruch keinerlei Besonderheiten gegenüber den anderen Gewährschaftsrechten sich ergeben, ist von einer Erörterung derselben Abstand genommen worden. Dies gilt namentlich von dem Begriff des Fehlers und der zugesicherten Eigenschaft im Sinne des § 459. Nun kann es aber schon beim Spezieskauf vorkommen, daß ein Mangel in solcher Stärke auftritt, daß dadurch die Sache dem Verkehr als eine völlig andere erscheint.[3]) Beim Gattungskauf ist ein solcher Fall infolge der anfänglich nur relativen Bestimmtheit des Leistungsobjekts noch weit häufiger. Es fragt sich nun: Wann ist eine Sache als eine andere wie die gekaufte anzusehen, und ist auch bei Lieferung einer solchen der Nachlieferungsanspruch des § 480 gegeben? Hierüber soll im folgenden Paragraphen gehandelt werden.

§ 9.

b) Anwendungsgebiet des Nachlieferungsanspruchs.

Aus den Verhandlungen der 2. Kommission über den heutigen § 480 ergibt sich, daß diese bestrebt war, den Unterschied in der rechtlichen Behandlung der Lieferung einer mangelhaften und

---

[1]) Staudinger § 459 N. II, 5 S. 503. Ist § 459 aber überhaupt auf den Nachlieferungsanspruch anwendbar, dann geht es jedenfalls nicht an, den Satz 2 des Abs. 1 (minima non curat praetor) für diesen Anspruch auszuschließen. And. A. Staub § 377 A. 94 S. 1636.

[2]) § 460 kommt dagegen für den Nachlieferungsanspruch auch dann nicht in Betracht, wenn schon zur Zeit des Vertragsschlusses die ganze Gattung oder, beim gemischtgenerischen Kauf, sämtliche Stücke des betreffenden Vorrats mangelhaft waren und dies dem Käufer bekannt war, da dann eben eine mangelfreie, zur vereinbarten Gattung gehörige Sache gar nicht vorhanden, Nachlieferung also unmöglich ist.

[3]) Endemann Bd. 1 § 161 A. 3 S. 984; Schroeder S. 15.

einer „andern“ Sache möglichst zu beseitigen. Es war nämlich ein Antrag gestellt worden, daß der Nachlieferungsanspruch — wenigstens nach der Annahme — nur dann gegeben sein solle, wenn eine Sache geliefert werde, welche nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen als einer andern Gattung angehörig anzusehen sei. Der Antrag wurde aber abgelehnt und die Ablehnung „vor allem“ damit begründet, daß es „mißlich sei, das Recht auf Nachlieferung zu geben und zu versagen, je nachdem eine andre oder nur eine mangelhafte Sache geliefert sei, weil die Entscheidung sich oft kaum ohne Willkür durchführen lasse“.[1])

Trotz dieses Beschlusses zieht aber die Lieferung einer andern und einer mangelhaften Sache nach bürgerlichem Recht nicht die gleichen rechtlichen Folgen nach sich.[2]) Denn die Ansicht der Kommission ist in dem Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck gelangt. § 480 besagt nur, daß der Käufer beim Gattungskauf statt der „mangelhaften“ Sache eine mangelfreie verlangen könne. Wie nun aber beim Spezieskauf von einer Anwendung der §§ 459 ff. nur dann die Rede sein kann, wenn die gekaufte Sache mangelhaft geliefert ist, so auch beim Gattungskauf. Bei diesem ist aber, wie schon hervorgehoben, gekauft nur eine der vereinbarten Gattung angehörende Sache. Nur bei Lieferung einer solchen kann daher § 480 Anwendung finden.[3])

Selbstverständlich hat der Käufer auch dann, wenn ihm eine andere Sache geliefert wird, einen Anspruch auf gattungsmäßige Lieferung. Dies ist aber nicht der Nachlieferungsanspruch des § 480, sondern der Erfüllungsanspruch des § 433. Für diesen gilt also nicht die kurze Verjährungszeit des § 477, sondern die regelmäßige von 30 Jahren; ferner kann der Verkäufer die Rück-

---

[1]) Prot. Bd. 1 S. 713.

[2]) Teilweise anders freilich im Handelsrecht; vgl. darüber unten S. 67 ff. Die Ansicht des OLG. Hamburg (Rechtspr. Bd. 10 S. 342 f.), daß die in § 378 HGB. erfolgte Gleichstellung von bloß mangelhafter Ware mit Ware anderer Art auch für das BGB. Geltung habe, da beide Gesetzbücher als ein einheitliches Gesetzgebungswerk zu behandeln und daher die Bestimmungen des HGB. zur Ergänzung von Lücken im BGB. analog anzuwenden seien, ist m. E. völlig verfehlt. Denn aus der Tatsache, daß eine ganze Reihe von Bestimmungen des alten HGB, die nun auch für das bürgerliche Recht Geltung haben sollten, in das BGB. selbst übernommen sind, ist doch wohl zu schließen, daß Vorschriften, bei denen dies nicht geschehen ist, eben auf das Gebiet des Handelsrechts beschränkt bleiben sollten. Gegen dieses Urteil auch Fischer S. 219.

[3]) Dernburg Bd. 2, 2 § 184 II; Enneccerus Bd. 1 S. 847; Crome Bd. 2 § 220 A. 26 S. 447; Cosack § 127 VI S. 456; Makower §§ 375, 376 Vorbem. II d, 1 S. 1098 und namentlich Fischer S. 216 f., der darauf aufmerksam macht, daß über diesen Unterschied noch viel Unklarheit herrscht. Übersehen ist er auch von Wolff a. a. O.

gewähr der empfangenen mangelhaften Leistung nicht nach § 467 (und dort zitierten), sondern nur nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung verlangen.[1])

Daher ist die Entscheidung, ob die gelieferte Sache noch der vereinbarten oder einer andern Gattung angehört, praktisch von großer Wichtigkeit.

Da der Begriff der Gattung kein juristischer, sondern ein solcher des täglichen Lebens ist, konnte das geltende Recht ebensowenig wie das frühere gesetzliche, ein- für allemal gültige Regeln über seine Begrenzung aufstellen. In der Tat gebraucht das Gesetz, wenn es von einer Gattungsschuld spricht, stets die Worte: „eine nur der Gattung nach bestimmte Sache", setzt also den Gattungsbegriff überall schon als bestimmt voraus, ohne ihn selbst näher zu definieren. Bei der Entscheidung über die Gattungszugehörigkeit einer Sache wird man daher, wie im früheren Recht, stets den natürlichen Gattungsbegriff zugrunde zu legen haben, der dann durch die Parteivereinbarungen im einzelnen näher bestimmt und beschränkt wird.[2]) Freilich schafft nicht jede Parteiabrede ein Gattungsmerkmal, derart, daß ein Verstoß dagegen die Sache in ein anderes genus versetzt. Dann wären ja die §§ 243 und 480 überhaupt überflüssig, weil stets der Erfüllungsanspruch des § 433 gegeben wäre. Als ausschlaggebend ist vielmehr stets die allgemeine Verkehrsauffassung anzusehen;[3]) nach ihr ist also zu beurteilen, inwieweit die Parteivereinbarungen zur Bestimmung des Gattungsbegriffs heranzuziehen sind.

Daraus folgt zugleich auch, daß es hierfür ohne Bedeutung ist, ob es sich um einfache Abreden oder um ausdrückliche Zusicherungen (im Sinne von § 459 Abs. 2) handelt. Daß tatsächlich auch bei einem Verstoß gegen letztere § 480 Anwendung finden soll, zeigt deutlich dessen Wortlaut. Denn dort wird ausdrücklich von der Lieferung einer mangelhaften — nicht bloß fehlerhaften — Sache gesprochen, und nach dem feststehenden Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird unter „Mängeln" stets auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften begriffen. Daß der

---

[1]) Fischer a. a. O. Da auch diejenigen, welche in dem Nachlieferungsanspruch den eigentlichen Erfüllungsanspruch sehen, diesen Unterschied machen müssen, so erhalten sie zwei ganz verschiedene Erfüllungsansprüche, je nachdem ein aliud oder eine bloß mangelhafte Sache geliefert ist: ein weiteres Argument gegen diese Ansicht!

[2]) Gleichgültig ist hierfür jedenfalls das Vorhandensein rechtlicher Mängel, etwa daß die Sache nicht im Eigentum des Verkäufers steht oder mit dem Rechte eines Dritten belastet ist; so RGE. Bd. 30 S. 159f.

[3]) So Crome Bd. 2 § 147, 2 S. 49; ähnlich Enneccerus Bd. 1 S. 847 Anm. 6, nach dem die Entscheidung „vom wirtschaftlichen Standpunkt aus" erfolgen soll.

umfassendere Ausdruck in § 480 auch mit Absicht gewählt worden ist, geht schon aus dem oben von der Entstehungsgeschichte Mitgeteilten hervor; überdies wird es noch durch einen Vergleich mit § 524 bestätigt, welcher — da das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Schenkung eine Zusicherung von Eigenschaften nicht kennt — dem mit einer nur der Gattung nach bestimmten Sache Beschenkten das Nachlieferungsrecht nur dann gibt, wenn ihm eine „fehlerhafte“ Sache geliefert ist.

Demnach ist das Verhältnis des Erfüllungsanspruchs des § 433 zu dem Nachlieferungsanspruch des § 480 folgendes: Ersterer ist gegeben, wenn eine andere, d. h. eine nicht der vereinbarten Gattung angehörende Sache geleistet wird, letzterer, wenn eine zwar gattungsmäßige, aber mit einem Mangel im Sinne des § 459 behaftete Sache geliefert wird, wobei jeder nicht unerhebliche Verstoß gegen die über Art, Sorte, Qualität (Eigenschaften) getroffenen Parteiabreden als Mangel anzusehen ist.

Diese Regelung enthält einen m. E. annehmbaren Ausgleich zwischen den Interessen des Käufers und des Verkäufers; sie entspricht dem Verkehrsinteresse und kommt überdies der von der Mehrheit der 2. Kommission vertretenen Ansicht ziemlich nahe.

Trotzdem ist es nicht zweifellos, ob diese Abgrenzung de lege lata richtig ist. Ihr steht nämlich § 243 Abs. 2 entgegen. Denn wenn nach dieser Vorschrift eine Gattungsschuld nur dann auf die geleistete Sache sich beschränkt, wenn diese von mittlerer Art und Güte ist, so folgt daraus, daß andernfalls die Sachlage so angesehen werden soll, als wäre überhaupt noch nicht geleistet, das Schuldverhältnis also gar nicht erfüllt worden, so daß der Käufer in diesem Falle mit der Erfüllungsklage des § 433 Erfüllung fordern kann. § 243 Abs. 1 enthält nun ganz offensichtlich nur dispositives Recht, das nur Platz greift, wenn die Parteien selbst keine näheren Vereinbarungen über die Qualität des Kaufobjekts getroffen haben. Andernfalls kann daher die Konzentration des Schuldverhältnisses dementsprechend erst eintreten, wenn die geleistete Sache der vereinbarten Qualität entspricht.

Es liegt auf der Hand, daß, wenn dies auch für den Gattungskauf gilt, das Anwendungsgebiet des Nachlieferungsanspruchs sehr zusammenschrumpfen würde. Denn der Anspruch wäre nicht bloß dann ausgeschlossen, wenn die gelieferte Sache infolge der Stärke des ihr anhaftenden Mangels im Verkehr als eine andere angesehen werden muß, sondern auch in den wohl häufigeren Fällen, daß ihr dadurch zwar nicht ihre Gattungs-, wohl aber ihre Qualitätszugehörigkeit genommen wird. Ferner würden sich daraus große praktische Schwierigkeiten ergeben, insofern man

genötigt wäre, innerhalb der Gattung nach Sorten, Arten, Unterarten usw. zu unterscheiden. Und von dieser Unterscheidung, für welche es an jedem festen, nur halbwegs sicheren Anhaltspunkte fehlt und die daher tatsächlich, wie in der Kommission befürchtet wurde, vielfach nur mit großer Willkür wird getroffen werden können, müßte man die Beantwortung der für die Praxis so wichtigen[1]) Frage abhängig machen, ob dem Käufer der Erfüllungs- oder nur der Nachlieferungsanspruch zusteht. Die Folge würde eine Rechtsunsicherheit sein, die gewiß zu schweren Schädigungen des Verkehrs führen würde.

Freilich können praktische Erwägungen allein nie dahin führen, die Geltungskraft einer positiven Gesetzesvorschrift aufzuheben. Dazu kommt aber im vorliegenden Falle noch, daß eine derartig weitgehende und schwer durchführbare, bei Anwendbarkeit des § 243 Abs. 2 indes notwendige Unterscheidung auch dem Zwecke des § 480: die Verschiedenartigkeit der Rechtsfolgen bei Lieferung einer andern und einer mangelhaften Sache möglichst einzuschränken, zuwiderlaufen würde. Tatsächlich hat es die 2. Kommission auch ausdrücklich abgelehnt, das Nachlieferungsrecht nur so weit zu gewähren, als § 243 Abs. 2 nicht entgegensteht, mit der Begründung, daß (gegenüber dem praktischen Bedürfnisse) die Rücksicht auf die logische Folgerichtigkeit nicht in Betracht kommen könne.[2])

Daher ist man m. E. wohl zu der Annahme berechtigt, daß § 243 Abs. 2 für das Gewährschaftsrecht durch § 480 außer Anwendung gesetzt ist.[3])

Der Nachlieferungsanspruch des § 480 — und nur dieser — kommt demnach in allen den Fällen in Frage, in welchen die gelieferte Sache wenigstens zur bedungenen Gattung gehört, mag sie auch infolge des ihr anhaftenden Mangels nicht mehr von

---

[1]) vgl. oben S. 33.

[2]) Prot. Bd. 1 S. 712 f. Es handelte sich dabei um einen Antrag, mit Rücksicht auf § 243 Abs. 2 das Nachlieferungsrecht nach der Annahme der mangelhaften Sache auszuschließen.

[3]) vgl. auch v. Blume S. 238, nach dem „kaufrechtlich die Bestimmung des § 243 durch § 480 eingeschränkt wird". Ebenso schaltet nach dem oben S. 26 A. 1 Gesagten Wolff diesen Paragraphen tatsächlich dann ganz aus, wenn der Käufer sich für Wandelung oder Minderung entscheidet. Übrigens ist man darüber, daß der Wert des § 243 Abs. 2 überhaupt ein sehr zweifelhafter ist, wohl ziemlich einig. Pescatore (S. 309, 312) bezeichnet ihn als teils überflüssig, teils verfehlt und will ihn daher „als dienstuntauglich beiseite stellen". Krückmann, Unmöglichkeit S. 177 A. 121 hält zwar diese letztere Forderung für zu weitgehend, erkennt aber ebenfalls „die gefährliche Allgemeinheit" dieser Vorschrift an. Gegen sie erklärt sich ferner auch Fischer S. 168.

mittlerer oder näher vereinbarter Art und Güte sein und ihr auch ausdrücklich zugesicherte Eigenschaften fehlen.[1])

Einer derartigen Ausdehnung des Anwendungsgebietes für den Nachlieferungsanspruch neigt auch die neuere Rechtsprechung zu, ohne freilich das Verhältnis zu § 243 Abs. 2 überhaupt zu berücksichtigen. So sieht das Reichsgericht[2]) „echt Eckerndorfer" Rübsamen nur für eine besondere Art von Rübsamen an und läßt, als eine andere Art geliefert wird, Nachlieferung nur gemäß § 480 zu. Oberlandesgericht Colmar[3]) erklärt in einem Falle, in dem „Rübsamen Sorte Vauricourt" bestellt, aber eine andere Sorte geliefert war, letztere für eine Sache, der zugesicherte Eigenschaften fehlen, und gewährt daher ebenfalls nur den Nachlieferungsanspruch. Ganz ebenso entschieden Oberlandesgericht Rostock[4]) und Oberlandesgericht Posen[5]) in Fällen, in denen Sommerweizen gekauft, aber Winterweizen geliefert war. Das gleiche will wohl auch das obenerwähnte[6]) Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg besagen, in welchem auf die Lieferung einer andern wie der bestellten „Sorte" von Blumenzwiebeln § 477 angewendet wird, allerdings mit unrichtiger Begründung.

Dagegen läßt Oberlandesgericht Marienwerder bei Lieferung von Winter- statt Sommerweizen,[7]) und von Futter- statt Zuckerrübensamen[8]) nicht den Nachlieferungs-, sondern den Erfüllungsanspruch zu, weil es die bestellte und die gelieferte Ware als verschiedenen Gattungen angehörend ansieht.[9])

3. Geltendmachung.

§ 10.

a) Inhalt des Anspruchs.

Der Inhalt des Nachlieferungsanspruchs ist durch § 480 dahin bestimmt, daß der Käufer Lieferung einer mangelfreien

[1]) Im Ergebnis ebenso Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 711 und wohl auch Goldmann-Lilienthal S. 508 A. 1; and. A. Crome Bd. 2 § 147, 2 S. 48; Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 113; Fischer S. 216; Krückmann, Anfechtung S. 92 und neuestens auch RGE. Bd. 69 S. 407 ff. im Gegensatz zum Berufungsgericht (OLG. Königsberg), das trotz Fehlens zugesicherter Eigenschaften Eintritt der Konzentration des Schuldverhältnisses angenommen hatte.
[2]) DJZ. 1906 S. 146.
[3]) Rechtspr. Bd. 8 S. 70.
[4]) Rechtspr. Bd. 8 S. 67.
[5]) Ebenda S. 68.
[6]) S. 32 A. 2.
[7]) Rechtspr. Bd. 8 S. 70.
[8]) Im Recht 1907 S. 971 Nr. 2270.
[9]) Zustimmend Dernburg § 184 II; Crome § 147 A. 21 S. 48; Enneccerus Bd. 1 S. 847 A. 6; Fischer S. 218.

Sache verlangen kann. In Satz 2 des Paragraphen wird aber auch § 465 auf diesen Anspruch für entsprechend anwendbar erklärt. Über die Bedeutung dieser Bestimmung ist nun eine der lebhaftesten Kontroversen des neuen Rechts entstanden, die sich in der Hauptsache um die Frage dreht, ob der Wandelungsanspruch des Käufers unmittelbar auf Rückgewähr des Kaufpreises oder zunächst nur auf Einverständniserklärung, m. a. W. auf Abgabe einer Willenserklärung zum Abschluß eines Wandelungsvertrages gerichtet ist. Gerade § 480 ist in diesem Streit als ein gewichtiges Argument gegen die letztere Ansicht, die sogen. Vertragstheorie, geltend gemacht worden.[1]) Denn wäre diese richtig, so meint man, dann müßte auch der Anspruch auf Nachlieferung, weil § 465 auch auf ihn anzuwenden sei, zunächst nur auf Erlangung einer Einverständniserklärung abzielen, eine Konsequenz, die in der Tat ursprünglich einige Vertreter jener Theorie gezogen haben.[2])

Dagegen spricht indes der Wortlaut des § 480 mit aller Deutlichkeit. Mit unzweideutigen Worten wird hier dem Käufer das Recht gegeben, unmittelbar zu „verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften eine mangelfreie Sache geliefert wird", und nicht etwa bloß, daß der Verkäufer seine Einwilligung zu dem Verlangen des Käufers erklärt. Da nun § 480 eine Sondervorschrift für den Gattungskauf enthält, so darf die entsprechende Anwendung der allgemeinen Bestimmung des § 465 jedenfalls nicht dahin führen, jener Vorschrift eine ihrem klaren Wortlaut widersprechende Auslegung zu geben. Ganz unannehmbar ist zudem die entgegengesetzte Ansicht für alle diejenigen, die den Nachlieferungsanspruch als den ursprünglichen Erfüllungsanspruch ansehen (und dazu gehören die Vertreter der Vertragstheorie in der übergroßen Mehrzahl). Denn es wäre doch geradezu „sinnwidrig" (Oertmann), wenn der Käufer den ihm aus dem Vertrage zustehenden Anspruch auf Erfüllung erst und nur sollte geltend machen dürfen, wenn der Verkäufer sich damit einverstanden erklärt hat.

Daher ist denn heute die Vertragstheorie tatsächlich auch von denen, die sie für die Wandelung vertreten, für den Nachlieferungsanspruch aufgegeben, und es wird auch von ihnen anerkannt, daß hinsichtlich der Geltendmachung und Durchführung dieses Anspruchs nur die Gegentheorie in Frage kommen kann. Nun ist

---

[1]) Staudinger § 462 A. IV S. 521; Staub § 377 Anm. 94 S. 1635; Biermann S. 337; Müller S. 53 f.; Langheineken S. 219 und Haymann S. 541. Letzterer erblickt darin „den schlagendsten Beweis" gegen die Vertragstheorie.

[2]) z. B. Kloß S. 288; Emerich S. 74; Windscheid-Kipp 8. Aufl. Bd. 2 S. 664 Ziff. II, 2 (anders aber 9. Aufl. S. 705).

aber die Unmöglichkeit dieser Theorie für die Wandelung aus Gesetzesbestimmungen hergeleitet worden, die nach der Verweisung des § 480 auch auf den Nachlieferungsvertrag entsprechende Anwendung finden sollen.[1]) Bei den folgenden Erörterungen über die Geltendmachung des Anspruchs wird deshalb auch besonders zu prüfen sein, ob und wie jene Vorschriften mit der Annahme der Gegentheorie für die Nachlieferung vereinbar sind.

Was den Gang der Darstellung anlangt, so soll zunächst der Fall besprochen werden, daß der Käufer sein Nachlieferungsrecht außergerichtlich geltend macht; im nächstfolgenden Paragraphen soll dann die Nachlieferungsklage behandelt werden, während ein dritter endlich der Möglichkeit und den Wirkungen einer einredeweisen Geltendmachung gewidmet sein soll.

§ 11.

b) Das außergerichtliche Nachlieferungsverlangen.

In der Regel wird der Käufer, dem eine mangelhafte Sache geliefert wird, sich zunächst gütlich mit dem Verkäufer zu einigen suchen. Darauf weist ihn auch § 465 hin, in dem offensichtlich nur an eine solche Erledigung gedacht ist. Er lautet: „Die Wandelung ... ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt“.

Hinsichtlich der Bedeutung dieser Vorschrift stimmen die Anhänger beider Theorien so weit überein, daß durch sie der Zeitpunkt festgelegt wird, in dem der Käufer das Wahlrecht zwischen den verschiedenen ihm zustehenden Ansprüchen verliert. Während aber die Gegner der Vertragstheorie darin den einzigen Zweck dieses Paragraphen sehen, legen ihm die Anhänger jener Theorie noch eine andre Bedeutung bei. Nach ihnen enthält er außerdem noch die Bestimmung des Inhalts des Wandelungsanspruchs als eines Anspruchs auf Einverständniserklärung.[2]) Die Schwierigkeiten, die ihnen infolgedessen bei der vorgeschriebenen Anwendung der Vorschrift auf den Nachlieferungsanspruch erwachsen, dessen Inhalt ja auch nach ihnen, wie erwähnt, nur aus § 480 zu bestimmen ist, glauben sie durch den Hinweis darauf beseitigen zu können, daß diese Anwendung ja nur eine „entsprechende“ sein soll, also nur so weit geschehen soll, als nicht eine ausdrückliche

---

[1]) Abgesehen von § 465 aus §§ 467, 477, 478, die besonders Oertmann im Recht 1904 S. 6 ff. zur Widerlegung der Gegentheorie verwendet hat.

[2]) Anders freilich Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 498 A. 9 und Schroeder S. 34, die die Vertragstheorie aus § 462 herleiten.

anderweitige Regelung erfolgt ist.[1]) Die Verweisung auf § 465 hat daher für den Nachlieferungsanspruch auch nach ihnen nur die Bedeutung, den Zeitpunkt festzulegen, von dem an der Käufer auf eines der ihm zustehenden Gewährschaftsrechte beschränkt ist.

Dies tritt ein — und das ist das Ergebnis der entsprechenden Anwendung des § 465 —, wenn der Verkäufer sich mit dem Nachlieferungsverlangen des Käufers einverstanden erklärt. Bis dahin kann also der Käufer von einem schon erklärten Nachlieferungsverlangen wieder abgehen und sich für einen der anderen Ansprüche entscheiden.[2]) Erst durch die Einverständniserklärung des Verkäufers wird seine Wahl unwiderruflich, wird die Nachlieferung „vollzogen".[3])

Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung des Verkäufers ist also ein an ihn gerichtetes Verlangen des Käufers. Dieses braucht sich allerdings nicht schon auf die Wahl eines Mängelrechts zu beschränken. Vielmehr ist auch ein alternatives Verlangen — Nachlieferung oder Wandelung bezw. Minderung — zulässig.[4]) Der Käufer überträgt in diesem Falle das an sich ihm zustehende Wahlrecht auf den Verkäufer.[5]) Eine Form ist für das Verlangen nicht vorgeschrieben. Es braucht daher nicht ausdrücklich erklärt, sondern kann nach allgemeinen Grundsätzen auch aus konkludenten Handlungen gefolgert werden.

Auch die Einwilligung des Verkäufers erfolgt durch formlose Erklärung; sie kann daher ebenfalls sowohl ausdrücklich wie auch durch schlüssige Handlungen geschehen.[6]) Dagegen führt eine bedingte Einverständniserklärung die Bindung des Käufers nicht herbei. Denn da nach § 158 eine bedingte Willenserklärung erst

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 705; Oertmann § 480 A. 3a S. 405.

[2]) OLG. Karlsruhe in JurW. 1905 S. 492 Nr. 16.

[3]) Vollziehung bedeutet hier also nur „Definitivwerden der Wahl" und nicht etwa — was nach dem allgemeinen Sprachgebrauche des Wortes nicht ausgeschlossen ist — Durchführung, Bewirkung der Nachlieferung (vgl. Thiele S. 388 ff.). Obwohl der Ausdruck daher nicht ganz unzweideutig ist, soll er mangels einer anderen geeigneten Bezeichnung für die folgenden Erörterungen doch beibehalten werden, da für dieselben eine kurze Bezeichnung des Zeitpunkts wünschenswert ist, in welchem das ius variandi des Käufers erlischt.

[4]) Planck § 465 N. 2a S. 374; Staudinger § 465 N. III, 1f S. 531; Makower § 377 Anh. N. VIII b, 1 S. 1210; Thiele S. 421.

[5]) Diese Übertragung muß allerdings klar und unzweideutig erfolgen. Sie liegt daher nicht in der Dispositionsstellung einer Gattungsware, da sich hieraus nicht ergibt, ob sich der Käufer das Wahlrecht zwischen Wandelung und Nachlieferung nicht noch vorbehält. Wolff S. 74; OLG. Hamm im Recht 1906 S. 440 Nr. 1049.

[6]) So namentlich durch die tatsächliche Ausführung der Nachlieferung; aber auch schon durch die Rückforderung der mangelhaften Leistung auf ein Nachlieferungsverlangen des Käufers hin.

mit dem Eintritt der Bedingung wirksam wird und andererseits das Nachlieferungsverlangen frei widerruflich ist, kann es der Käufer trotz der bedingten Einwilligung des Verkäufers noch zurücknehmen.

In Übereinstimmung mit den Anhängern der Vertragstheorie ist auch ein großer Teil der Anhänger der Gegentheorie der Ansicht, daß der durch § 465 geregelte Vorgang als Vertrag aufzufassen sei, der erst die Rechtsgrundlage für die weitere Durchführung der Wandelung (und demgemäß auch der Nachlieferung) bildet.[1]) Dem ist indes m. E. mit Recht widersprochen worden. Von einem Vertrage kann schon um deswillen keine Rede sein, weil das Nachlieferungsverlangen des Käufers gar kein Vertragsangebot enthält, sondern nichts weiter ist wie die Geltendmachung eines dem Käufer zustehenden Rechts. Andererseits steht es dem Verkäufer auch nicht etwa frei, dieses Verlangen abzulehnen; vielmehr ist er verpflichtet, ihm nachzukommen.[2]) Beide Erklärungen sind eben nichts anderes als zwei einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen.

Aber auch dafür, daß durch ihr Zusammentreffen, wenn auch nicht ein Vertrag in dem vom Bürgerlichen Gesetzbuch gewöhnlich darunter verstandenen Sinne, so doch ein besonderer Regelung unterworfenes eigenartiges Rechtsverhältnis entstände, das für beide Teile neue Rechte und Pflichten begründet, bietet weder Inhalt noch Wortlaut des § 465 einen Anhalt. Wenn dies trotzdem von einigen Schriftstellern angenommen wird,[3]) so geschieht dies hauptsächlich wohl nur deshalb, weil sie die aus §§ 467, 346 ff. sich ergebenden Ansprüche und Gegenansprüche erst mit und durch die Vollziehung glauben entstehen lassen zu können. Dies ist aber keineswegs notwendig. Vielmehr kann dies aus § 467 „ebensowenig gefolgert werden, wie in § 280 Abs. 2 u. § 286 Abs. 2 aus der auch dort vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung des § 348 geschlossen werden darf, daß durch die Erklärung des Gläubigers, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, die gegenseitigen Pflichten der Beteiligten erst zur Entstehung gelangen“.[4]) Zudem erklärt § 467, wie Haymann bemerkt, die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht

---

[1]) So Biermann S. 317; Enneccerus Bd. 1 S. 853; Matthiaß Bd. 1 S. 498 f.; Staudinger § 465 Nr. III S. 530; Neumann § 465 A. 4; Staub § 377 A. 63 S. 1623; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 138.

[2]) vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen bei Lobe S. 107 ff.; Thiele S. 396 ff.; Grabener bei Gruchot Bd. 50 S. 257 ff.; Schaper S. 259 ff.

[3]) Krückmann, Bl. f. RA. Bd. 70 S. 588 f.; Langheineken S. 232 f.; Grabener bei Gruchot Bd. 51 S. 521.

[4]) Planck § 467 N. 2e S. 378.

nicht auf die vollzogene Wandelung, sondern „auf die Wandelung" schlechthin für anwendbar. Daher kann in dieser Bestimmung nur eine Ergänzung der über Voraussetzungen und Inhalt des Nachlieferungsrechts in § 480 gegebenen allgemeinen Vorschrift gesehen werden.[1]) Hieraus ergibt sich nun insbesondere, daß auch der Rückforderungsanspruch des Verkäufers nicht erst mit der Vollziehung entsteht, sondern es muß, da der Verkäufer Nachlieferung nur Zug um Zug gegen Rückgabe der mangelhaften Leistung zu bewirken braucht, er sein Rückforderungsrecht also schon dem Nachlieferungsverlangen entgegenstellen kann, jenes auch auf derselben Grundlage beruhen wie das Nachlieferungsrecht des Käufers, nämlich auf dem Kaufvertrage.[2])

M. E. ist daher die einzige Wirkung der Einverständniserklärung des Verkäufers die Beendigung des dem Käufer zustehenden Wahlrechts zwischen den verschiedenen Gewährschaftsansprüchen.[3]) Diese selbst erleiden dadurch weder ihrem Rechtsgrunde noch ihrem Inhalte nach eine Veränderung. Auch nach der Vollziehung kann der Käufer nur den ihm kraft Gesetzes gegebenen Nachlieferungsanspruch des § 480 geltend machen, zu dessen Voraussetzungen nach wie vor insbesondere Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache gehört.[4])

Die durch § 465 bestimmte Wirkung tritt aber schon dann ein, wenn überhaupt nur eine Einigung darüber zustande gekommen ist, daß die Nachlieferung erfolgen soll, ohne daß es dazu erst noch irgendwelcher weiterer Abreden über die Einzelheiten der Durchführung derselben bedürfte;[5]) es treten dann eben überall die im Gesetz selbst festgelegten Folgen (§§ 467, 346 ff.) ein. Natürlich können die Parteien im einzelnen Abweichungen davon vereinbaren. Da der Verkäufer aber solchen zuzustimmen nicht ge-

---

[1]) Haymann S. 540.

[2]) Lobe S. 115; Grabener bei Gruchot Bd. 50 S. 260 A. 7; Eccius bei Gruchot Bd. 51 S. 529.

[3]) Heuer im Recht 1902 S. 97; Lobe S. 116; Haymann S. 539; Thiele S. 393; Müller S. 57; Francke S. 519; Eccius bei Gruchot Bd. 51 S. 531.

[4]) Daher muß der Käufer, auch wenn er nach der Vollziehung auf Nachlieferung Klage erhebt, die Mangelhaftigkeit der Leistung dartun. Es genügt also nicht, etwa bloß die erfolgte Einigung zu behaupten. Stellt sich dabei heraus, daß die Mangelhaftigkeit der Sache nur irrtümlich angenommen worden war, so ist die Klage einfach abzuweisen, weil der erhobene Anspruch gar nicht begründet ist. So insbesondere Eccius bei Gruchot Bd. 51 S. 530 f.; and. A. z. B. Staub § 377 A. 61 S. 1623; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 153; Grabener bei Gruchot Bd. 51 S. 523 f.

[5]) Werner S. 284; Grabener bei Gruchot Bd. 51 S 518; Francke S. 518; and. A. RG. bei Gruchot Bd. 51 S. 173 ff.

setzlich verpflichtet ist, kann dies nur durch einen wirklichen Vertrag erfolgen.[1])

Anders wie im vorstehenden geschehen, legt Oertmann die entsprechende Anwendung des § 465 auf den Nachlieferungsanspruch aus. Er argumentiert folgendermaßen[2]): Das Erlöschen des ius variandi trete dadurch ein, daß der Verkäufer diejenige seiner drei alternativen Verpflichtungen erfülle, auf die der Käufer sein Begehren gerichtet habe. Nun sei er zwar bei der Wandelung gemäß § 465 zunächst nur zur Einverständniserklärung verpflichtet, bei Geltendmachung des Nachlieferungsbegehrens aber direkt zur Bewirkung der Nachlieferung. Erst wenn diese erfolgt sei, sei daher der Käufer an sein Nachlieferungsverlangen gebunden.

Diese Ansicht müssen indes zunächst alle Gegner der Vertragstheorie ablehnen, da diese dem § 465 ja auch für die Wandelung die ihm vor Oertmann zugeschriebene Bedeutung nicht beilegen. Sie ist aber ferner auch unannehmbar für alle diejenigen, welche die Gegenrechte des Verkäufers erst mit der Vollziehung entstehen lassen. Und dazu gehört neben der großen Mehrzahl der Schriftsteller auch Oertmann selbst. Ihnen kann man fast wörtlich einen Einwand entgegenstellen, den er selbst gegen die von ihm bekämpfte Theorie erhoben hat.[3]) Wäre nämlich seine Ansicht richtig, so könnte der Rückgewähranspruch des Verkäufers erst mit der tatsächlichen Nachlieferung entstehen. Der Verkäufer könnte sich also dem Anspruche des Käufers gegenüber unmöglich einredeweise auf einen Zug um Zug zu erfüllenden Gegenanspruch berufen. Er wäre vielmehr stets zur Vorleistung gezwungen, um eben dadurch erst sein Gegenrecht zur Entstehung zu bringen. Damit wäre aber die in § 467 ausdrücklich vorgeschriebene Anwendung der §§ 348, 321, 322 überhaupt unmöglich.

Oertmanns Auffassung stehen ferner aber auch schwerwiegende praktische Bedenken entgegen, so daß sie auch von dem Standpunkte aus, der hier über den Zeitpunkt der Entstehung der Gegenrechte des Verkäufers eingenommen worden ist,[4]) unannehmbar ist. Nach ihr könnte nämlich der Käufer, der sich auf ein gemäß § 466 ergangenes Erbieten des Verkäufers für Nachlieferung entschieden hat, seinen Entschluß so lange noch beliebig ändern, als er nicht die Nachlieferung wirklich angenommen hat, ein Ergebnis, bei dem der Zweck dieser Bestimmung offensichtlich geradezu vereitelt würde. Und selbst dann, wenn der Verkäufer auf ein vom Käufer selbst ausgegangenes Nachlieferungsverlangen hin,

---

[1]) Francke S. 518; Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 330.
[2]) Recht 1904 S. 6 u. Komm. § 480 N. 3a S. 405.
[3]) Recht 1904 S. 30 Z. 2b.
[4]) oben S. 41.

nachdem er sich damit einverstanden erklärt hat, die Nachlieferung bewirken wollte, könnte sie jener noch mit der Begründung zurückweisen, daß er sich inzwischen anders besonnen habe und nun wandeln wolle. Daß durch ein solches Verhalten, gegen das auch § 226 keinen ausreichenden Schutz gewähren kann, — weil der Käufer an einer späteren Änderung seiner Wahl mitunter in der Tat ein nicht geringes wirtschaftliches Interesse haben kann, — dem Verkäufer nicht selten eine schwere Schädigung zugefügt werden würde, bedarf keines Beweises.

§ 12.

c) Die Nachlieferungsklage.

Weigert sich der Verkäufer, dem Nachlieferungsverlangen des Käufers zuzustimmen, so kann dieser sein Recht selbstverständlich auch auf dem Klagewege verfolgen.

Da der Anspruch unmittelbar auf Nachlieferung (und nicht bloß auf Einverständniserklärung) gerichtet ist, hat der Klageantrag nur dahin zu lauten: den beklagten Verkäufer zu verurteilen, an den Kläger eine mangelfreie Sache zu liefern.[1]) Ein alternativer Antrag, den Verkäufer zur Nachlieferung oder Wandelung bezw. Minderung zu verurteilen, wäre dagegen m. E. unzulässig, weil es ihm an der nach § 253 Z. 2 ZPO. erforderlichen Bestimmtheit fehlte.[2])

Da die Erhebung der Klage nur das einseitige Nachlieferungsverlangen des Käufers enthält, so wird dadurch allein das ius variandi desselben ebensowenig beseitigt wie durch ein solches außergerichtliches Verlangen. Eine Zurücknahme der Klage kann zwar wegen § 271 ZPO. nur mit Zustimmung des Verkäufers erfolgen. Dagegen ist der Übergang zu einem der anderen Gewährschaftsansprüche auch ohne die Zustimmung des Gegners möglich. Allerdings läge dabei, soweit die Änderung des Klageantrages nicht durch § 268, 3 ZPO. gerechtfertigt wird, eine grund-

---

[1]) Da dies und nur dies sein Begehren ist, so macht es für die Nachlieferungsklage auch keinen Unterschied, ob der Kaufpreis bereits bezahlt ist oder nicht. Bei der Wandelung müssen dagegen die Gegner der Vertragstheorie im ersten Fall einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises, im andern aber einen solchen auf Befreiung von der Kaufpreisverpflichtung gewähren. Auch das ist, weil „eine seltsame, anstößige Ungleichmäßigkeit der Rechtslage“ enthaltend, gegen sie verwertet worden von Oertmann im Recht 1904 S. 31.

[2]) Ebenso Langheineken S. 245; Dernburg Bd. 2 § 185 A. 15 S. 73; Planck § 465 N. 2 a β S. 374; Staudinger § 462 N. III f S. 519; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 141; and. A. Thiele S. 424; Cosack Bd. 1 § 127 II, 3 b S. 444; Makower § 377 Anh. N. VI b, 1 S. 1210; OLG. Braunschweig, Rechtspr. Bd. 8 S. 446; zweifelnd Crome § 222 A. 33 S. 462.

sätzlich verbotene Klageänderung vor.[1]) Allein da der Klagegrund derselbe bleibt, — Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache — so wird dem Verkäufer dadurch seine Verteidigung jedenfalls nicht erschwert, so daß sich der Käufer stets mit Erfolg auf die in Halbsatz 2 des § 264 ZPO. bestimmte Ausnahme wird berufen können.[2])

Der Verkäufer hat aber auch hier ein Mittel, die in der Erhebung der Nachlieferungsklage liegende Wahl des Käufers zu einer bindenden zu machen. Denn da auch das außergerichtliche Verlangen nicht eine Vertragsofferte, sondern ebenso wie die Klagerhebung nur eine Geltendmachung des Nachlieferungsrechts ist, so müssen dem Verkäufer letzterer gegenüber auch die gleichen Rechte zustehen wie gegenüber ersterer. Er kann also jederzeit sich mit der Nachlieferung einverstanden erklären und dadurch ihre Vollziehung herbeiführen. In diesem Falle kann er selbstverständlich sofort auch sein Rückforderungsrecht durch Vorschützen der Zug um Zug=Einrede nach §§ 348, 320 mit der Wirkung geltend machen, daß er durch das Urteil zur Lieferung einer mangelfreien Sache nur Zug um Zug gegen Rückgabe der mangelhaften Leistung seitens des Käufers verurteilt wird.

In der Regel wird aber der Verkäufer, der es erst auf eine Klage ankommen läßt, in erster Linie die Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache und damit die Berechtigung des Klagebegehrens des Käufers bestreiten und sein Rückforderungsrecht nur eventuell geltend machen. Nimmt man nun an, daß vor der Vollziehung ein Rückforderungsanspruch des Verkäufers überhaupt nicht besteht, so kann, da dann eine Einverständniserklärung nicht vorliegt und daher auch die Vollziehung noch nicht eingetreten ist, eine eventuelle Geltendmachung nicht berücksichtigt werden.[3]) Das Urteil kann also, wenn das Klagebegehren des Käufers für berechtigt erklärt wird, den Verkäufer nur zur Nachlieferung verurteilen.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man nach der hier vertretenen Ansicht, daß das Rückforderungsrecht des Verkäufers gleichzeitig mit dem Nachlieferungsrecht des Käufers entsteht. Kommt hier der Richter zu der Ansicht, daß das Nachlieferungsbegehren des Käufers begründet ist, so muß er auch das dann ebenfalls berechtigte und für diesen Fall auch geltend gemachte

---

[1]) So z. B. auch RG. in JurW. 1907 S. 46 N. 5 und die A. 2 Genannten; and. A. Thiele S. 425; Goldmann=Lilienthal Bd. 1 S. 498 A. 10; Neumann § 465 A. 5b.

[2]) Im Ergebnis ebenso: Eck Bd. 1 S. 451; Enneccerus Bd. 1 S. 850 A. 2; Planck § 465 N. 2a β S. 374; Staudinger § 465 N. III, 2d α S. 534; Staub § 377 A. 110 S. 1642; Grabener bei Gruchot Bd. 51 S. 522.

[3]) And. A. Meusing S. 53f. und Neumann § 465 A. 8b.

Rückgewährverlangen des Verkäufers berücksichtigen. Dieser kann daher auch in einem solchen Falle zur Nachlieferung nur Zug um Zug gegen Rückgabe der mangelhaften Leistung verurteilt werden.

Mit der Rechtskraft dieses Urteils ist das Wahlrecht des Käufers erloschen. Denn in der eventuellen Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs muß m. E. die Erklärung des Verkäufers gefunden werden, daß er mit der Nachlieferung einverstanden sein wolle, wenn der Käufer wirklich berechtigt ist, sie zu fordern. Das ist durch das rechtskräftige Urteil unanfechtbar festgestellt. Damit ist also die Bedingung, unter der die Einwilligungserklärung des Verkäufers abgegeben ist, eingetreten und somit die Erklärung auch wirksam geworden.

Hat dagegen der Verkäufer sich auf das Bestreiten des vom Käufer geltend gemachten Anspruchs beschränkt und sein Rückforderungsrecht auch event. nicht geltend gemacht, so ist der Käufer selbst nach Rechtskraft des den Verkäufer verurteilenden Erkenntnisses an seine Wahl nicht gebunden, da eine Einwilligung des Verkäufers nicht vorliegt und — anders wie nach der Vertragstheorie bei der Wandelung — durch das Urteil an sich der unmittelbar auf Nachlieferung (und nicht bloß auf Einverständniserklärung) gerichtete Anspruch nicht erfüllt ist.[1]) Es bedarf dann, um dies zu erreichen, erst einer besonderen Einverständniserklärung des Verkäufers, die aber nur wirksam ist, wenn der Käufer bis dahin sein Verlangen nicht wieder zurückgenommen hat.[2])

§ 13.

d) Die Nachlieferungseinrede.

Vielfach wird sich der Käufer, wenn sich der Verkäufer trotz des Verlangens desselben weigert, eine mangelfreie Sache an Stelle der mangelhaften zu liefern, damit begnügen, den Kaufpreis zurück-

---

[1]) Ebenso Makower § 377 Anhang N. VIII b, 4 S. 1214 und für die Wandlung Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 331; Grabener bei Gruchot Bd. 50 S. 261; OLG. Naumburg, Rechtspr. Bd. 12 S. 56; Schaper S. 276 und vom Standpunkt der Vertragstheorie Cosack Bd. 1 § 127, 3b S. 444; and. A. für die Nachlieferung: Staudinger § 480 N. III, 2b S. 566; Planck § 480 N. 3b S. 390; Staub § 377 A. 94 S. 1635; ferner für die Wandelung: Enneccerus Bd. 1 S. 852; Müller S. 57 und die bei Schaper S. 274 A. 1 Zitierten.

[2]) Wird dagegen die Nachlieferungsklage rechtskräftig abgewiesen, weil die behauptete Mangelhaftigkeit der Sache nicht erweisbar war, so kann der Käufer doch noch eine der anderen Gewährschaftsklagen erheben. Denn da nur Gleichheit des Klagegrundes, aber Verschiedenheit des Klagegegenstandes vorliegt, ist die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht begründet. Staudinger § 462 N. III f S. 519; RGE. Bd. 66 S. 335; OLG. Bamberg in Seufferts Arch. Bd. 59 Nr. 251 S. 438.

zubehalten, und es dem Verkäufer überlassen, weitere Schritte zu tun. Er kann dies um so ruhiger abwarten, als das Gesetz ihm auch für diesen Fall einen ausreichenden Schutz gewährt. Klagt nämlich nun der Verkäufer gegen ihn auf Zahlung des Kaufpreises, so kann er diese „insoweit verweigern, als er auf Grund (der Nachlieferung) dazu berechtigt sein würde“. Das besagt § 478, dessen entsprechende Anwendung in § 480 ebenfalls angeordnet wird. Ausdrücklich wird dort freilich dies Recht nur für die Zeit „nach Vollendung der Verjährung“ des Nachlieferungsanspruchs anerkannt. Es wäre aber „ein offenbarer Nonsens“ (Langheineken), wenn ihm die für die Zeit nach der Verjährung ausdrücklich zugesprochene Befugnis vor der Verjährung versagt sein sollte. Daß dies tatsächlich nicht der Fall ist, geht zudem deutlich aus dem Worte „auch“ hervor.[1] [2]

Die rechtliche Begründung dieses Einrederechts wird verschieden ausfallen müssen, je nachdem man auch beim Gattungskauf mangelhafte Leistung als Erfüllung oder als Nichterfüllung ansieht.

Nach der letzteren Anschauung ist das dem Käufer gegenüber der Kaufpreisklage zustehende Zahlungsverweigerungsrecht nichts anderes wie die Einrede des nicht (oder wenigstens nicht gehörig) erfüllten Vertrages, auf Grund deren er seine Leistung, die Zahlung des Kaufpreises, so lange verweigern kann, bis auch der Verkäufer seiner Erfüllungsverpflichtung genügt, und zwar so wie sie ihm obliegt, d. h. bis er eine mangelfreie Sache liefert.[3]

Folgt man dagegen der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht, daß auch mangelhafte Lieferung Erfüllung bewirkt, so ist die Einrede des nichterfüllten Vertrages natürlich ausgeschlossen. Auch aus der Existenz des Nachlieferungsanspruchs kann ein Recht zur Verweigerung der Kaufpreiszahlung als notwendiges Korrelat desselben nicht hergeleitet werden, da eben dieser als Gewährschaftsanspruch nicht mit der Vertragserfüllungsverpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises korrespondiert.

Der Nachlieferungsanspruch des Käufers und der Kaufpreisanspruch des Verkäufers haben aber das eine gemeinsam, daß sie

---

[1] And. A. (für die Wandelung) Crome § 223, 3 S. 475.

[2] Auch aus § 478 ist übrigens ein Einwand gegen die Gegner der Vertragstheorie hergeleitet worden. Oertmann im Recht 1904 S. 30 führt nämlich aus: § 478 setze eine Verjährung des Wandelungsanspruchs voraus, bevor überhaupt der Kaufpreis noch gezahlt sei. Wenn aber der Wandelungsanspruch = Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises sei, so sei ja in solchem Falle für ihn überhaupt kein Raum gewesen. Dem Nachlieferungsanspruch gegenüber kommt aber dieses Argument schon deshalb nicht in Betracht, weil dessen Ziel eben nicht Rückgewähr des Kaufpreises, sondern Lieferung einer mangelfreien Sache ist.

[3] So Schoeller S. 23 A. 26; Staudinger § 480 N. III, 2b S. 568; Neumann § 480 A. 2.

beide das Bestehen eines gültigen Kaufvertrages voraussetzen. Insofern sind sie „Ansprüche aus demselben rechtlichen Verhältnis". Da ferner der Nachlieferungsanspruch — Mangelhaftigkeit der Leistung vorausgesetzt — schon mit dem Vertragsschluß entsteht, so wird er fällig, wenn ihn der Käufer nach diesem Zeitpunkt dadurch geltend macht, daß er Nachlieferung verlangt.[1] Ein solches Verlangen ist aber m. E. auch in der Erhebung der Nachlieferungseinrede enthalten. Denn damit erklärt der Käufer, daß er die Zahlung des Kaufpreises deshalb verweigere, weil er statt der gelieferten mangelhaften erst eine mangelfreie Sache erhalten wolle.[2]

Demnach kann der Käufer der Kaufpreisklage des Verkäufers einen „fälligen Anspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis" entgegenstellen. Seine Nachlieferungseinrede ist daher tatsächlich nichts anderes wie die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts des § 273.[3] Der Einwand, der gegen die gleiche Konstruktion der Wandelungseinrede, wie sie früher von Neumann[4] versucht wurde, erhoben worden ist,[5] daß nämlich dann ihre Geltendmachung nicht zur Abweisung der Kaufpreisklage des Verkäufers, sondern zu einer Verurteilung des Käufers Zug um Zug führen müßte, kann für die Nachlieferungseinrede nicht durchschlagen. Denn während die Wandelung die Rückgängigmachung des Kaufes und damit implicite auch die Aufhebung der Kaufpreisforderung bezweckt, bleibt bei Geltendmachung der Nachlieferung der Bestand des Vertrages und der Kaufpreisforderung unberührt. Der Käufer ist daher in diesem Falle nur auf Zeit zur Zurückbehaltung berechtigt, und zwar so lange, bis der Verkäufer den Nachlieferungsanspruch des Käufers befriedigt. Die Einrede ist daher nicht eine peremtorische,[6] sondern nur eine dilatorische.

Voraussetzung der Einrede ist nach dem Wortlaut des § 478, daß der Käufer den Nachlieferungs**anspruch** noch hat; hat er diesen aus irgendeinem Grunde, sei es gemäß §§ 465, 464, 466 oder auch nach §§ 467, 350 ff. verloren, so kann er auch die Nachlieferungseinrede nicht mehr geltend machen.[7]

---

[1] So auch OLG. Marienwerder in Seufferts Arch. Bd. 62 Nr. 7 S. 12 f.

[2] And. A. Schaper S. 267 ff.

[3] So Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 115 A. 2; Makower § 377 Anhang N. Xc, 1β S. 1220.

[4] Zu § 465 A. der 1. Aufl. seines Kommentars. Inzwischen hat er selbst diese Ansicht längst aufgegeben.

[5] Literatur bei Schaper S. 241 A. 3.

[6] wie nach der herrschenden, neuerdings aber von Schaper S. 288 ff. bekämpften Lehre die Wandelungseinrede.

[7] Flechtheim S. 90; Schaper S. 252 ff.

Mit der Erkenntnis von dem Wesen der Einrede ist ferner auch die Frage nach den Wirkungen ihres Vorbringens gelöst: Es hat nicht die Abweisung der Klage des Verkäufers zur Folge, sondern führt — entsprechend § 274 — stets zu einer Verurteilung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Lieferung einer mangelfreien Sache. Dies gilt auch dann, wenn der Käufer bereits eine Anzahlung geleistet hatte, da er — anders wie bei der Wandelung —, wenn er Nachlieferung wählt, ja niemals Rückzahlung des schon beglichenen Kaufpreises verlangen kann.[1])

Durch ein solches Urteil sind aber berechtigte Interessen des Verkäufers dann noch nicht gewahrt, wenn der Käufer sich noch im Besitze der mangelhaften Leistung befindet; und diese Fälle werden bei der vorliegenden Sachlage zweifellos die Mehrzahl bilden. Denn hier ist der Verkäufer, um Befriedigung seiner Kaufpreisforderung zu erlangen, gezwungen, Nachlieferung zu bewirken, ohne daß das Urteil ihm eine Handhabe böte, gleichzeitig auch die mangelhafte Leistung zurückzuerhalten. Er würde hier also ungünstiger gestellt sein, als wenn der Käufer selbst auf Nachlieferung klagt, da er dann, sofern er sich auch nur eventuell mit der Nachlieferung einverstanden erklärt, höchstens einer Verurteilung Zug um Zug gegen Rückgabe der mangelhaften Leistung ausgesetzt ist.

Um diese Schwierigkeit zu beseitigen, wollen einige Schriftsteller (bei der Wandelung, für welche die Schwierigkeit ebenfalls besteht) die Einrede des Käufers nur dann berücksichtigen, wenn er sich, wenigstens wenn der Verkäufer die Rückgabe verlangt, gleichzeitig zur Rückleistung der mangelhaften Sache erbietet.[2]) Dadurch würde indes der Käufer zur Vorleistung verpflichtet sein; und doch hat auch er das Recht der Zug um Zug-Leistung.

M. E. ist es aber dem Verkäufer in anderer Weise möglich, sich sein Zug um Zug-Leistungsrecht zu sichern. In dem Vorschützen der Einrede liegt nach der hier vertretenen Auffassung ein Nachlieferungsverlangen. Der Verkäufer kann sich daher mit diesem

---

[1]) Bei der Wandelung bietet, wenn der Verkäufer die Restkaufpreisklage erst nach Verjährung des Wandelungsanspruchs anstellt, gerade dieser Fall große Schwierigkeiten. Denn durch das hier auf Klagabweisung lautende Urteil tritt, da die Entscheidung über die Einrede nicht der Rechtskraft fähig ist, nach m. E. richtiger Ansicht jedenfalls keine Vollziehung in dem Sinne ein, daß dadurch für den Käufer ein neuer Wandelungsanspruch entstünde. Daher kann ihm der Verkäufer die Rückforderung der geleisteten Anzahlung durch (erfolgreiches) Vorschützen der Verjährungseinrede unmöglich machen. So RGE. Bd. 70 S. 387; Ritter im Recht 1907 S. 221 ff.; Schaper S. 276, 278.

[2]) Planck § 478 A. 2a S. 378; Schroeder S. 75; Flechtheim S. 89; Nissen S. 568; dagegen insbes. Schaper S. 269 ff.

einverstanden erklären (und zwar wie gegenüber der Nachlieferungsklage auch bloß eventuell) und nunmehr seinen Klageantrag dahin erweitern: den Käufer zu verurteilen zur Zahlung des Kaufpreises und zur Rückgabe der mangelhaften Leistung Zug um Zug gegen Lieferung einer mangelfreien Sache. Die Zulässigkeit einer solchen Erweiterung des Klageantrags läßt sich m. E. aus § 268, 2 ZPO. herleiten. Denn da nach der hier vertretenen Auffassung das Rückforderungsrecht des Verkäufers auf demselben Rechtsgrunde beruht wie sein Kaufpreisanspruch, auf dem Kaufvertrage selbst, so liegt eine Änderung des Klagegrundes nicht vor; andererseits kann im Verhältnis zur Kaufpreisforderung für die mangelfreie Sache, zu deren Zug um Zug-Lieferung der Verkäufer sich durch seinen Antrag ja bereit erklärt, sein Verlangen der Rückgewähr der zuerst erfolgten mangelhaften Leistung wohl unbedenklich als Nebenforderung angesehen werden.[1])

Überdies darf der Käufer m. E. auch aus materiellrechtlichen Gründen einer derartigen Abänderung des Klageantrags nicht widersprechen. Denn er darf auch sonst auf Grund seines Nachlieferungsrechts die Zahlung des Kaufpreises dann nicht verweigern, wenn der Verkäufer sich auf sein Verlangen hin zur Nachlieferung erbietet, aber gleichzeitig Zug um Zug Rückgewähr der mangelhaften Leistung fordert. Der Kaufpreisklage gegenüber reicht aber, wie § 478 ausdrücklich betont, sein Leistungsweigerungsrecht nicht weiter wie sonst. Würde er daher trotz Geltendmachung seiner Einrede der Geltendmachung des Rückforderungsverlangens des Verkäufers widersprechen, so würde er eben mehr erlangen, als ihm nach § 478 zusteht.

Hatte der Verkäufer auf die Nachlieferungseinrede des Käufers hin sich sofort endgültig zur Nachlieferung bereit erklärt und statt des ursprünglichen den obenerwähnten erweiterten Antrag gestellt, so war gemäß § 465 schon damit die Vollziehung in dem hier verstandenen Sinne erfolgt, daß der Käufer auf das Nachlieferungsrecht allein beschränkt ist. Aber auch wenn er jenen Antrag nur eventuell gestellt hatte, so tritt, allerdings erst mit der Rechtskraft des demgemäß erkennenden Urteils, aus dem oben S. 45 angegebenen, auch für diesen Fall zutreffenden Grunde die Vollziehung ein.

Wenn dagegen der Verkäufer sein Rückforderungsrecht nicht einmal eventuell geltend gemacht hat und daher der Käufer durch

---

[1]) Nach Eck Bd. 1 S. 450 und Endemann Bd. 1 § 161 A. 55 S. 999 kann der auf den Kaufpreis klagende Verkäufer, wenn ihm der Käufer die Wandelungseinrede entgegenstellt und er daraufhin sich mit der Wandelung einverstanden erklärt, seinen Antrag dahin ändern, daß er nun statt des Kaufpreises Rückgabe der mangelhaften Leistung verlangt. Die Zulässigkeit dieser Klageänderung gründen sie auf § 264 ZPO.

das Urteil zur Zahlung des Kaufpreises nur Zug um Zug gegen Lieferung einer mangelfreien Sache verurteilt worden ist, so hat dieser dadurch (mangels jeder Einwilligung des Verkäufers) sein Wahlrecht noch nicht verloren. Für die Wandelung nehmen zwar viele Schriftsteller an, daß schon mit der auf die Wandelungseinrede hin erfolgenden Klageabweisung das in der Einrede liegende Wandelungsverlangen unwiderruflich wird.[1]) Zu dieser Annahme gelangen sie aus der Erwägung heraus, daß es dem Käufer, der das Kaufpreisverlangen des Verkäufers endgültig zurückgewiesen hat, unmöglich gestattet sein könne, sich nachträglich für Erfüllung oder Minderung zu entscheiden.[2]) Für die Nachlieferung trifft dieses Argument aber deshalb nicht zu, weil hier eine Abweisung des Verkäufers gar nicht erfolgt.

M. E. darf daher in diesem Falle der Käufer seine Wahl so lange noch ändern, bis eine besondere Einverständniserkärung des Verkäufers erfolgt.[3])

§ 14.

e) Durchführung der Nachlieferung im einzelnen.

Die tatsächliche Durchführung der Nachlieferung wird sich verschieden gestalten, je nachdem der Käufer die mangelhafte Leistung angenommen hatte oder nicht. Letzterenfalls unterscheidet sich das Verfahren in keiner Weise von der ordnungsmäßigen Erfüllung.

Hatte dagegen der Käufer die mangelhafte Sache — in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit oder unter Vorbehalt seiner Rechte — angenommen, so ist sein Nachlieferungsrecht zu einem Umtauschrecht ausgestaltet. Denn gemäß der Verweisung des § 480 Satz 2 ist für diesen Fall die durch § 467 für die Wandelung getroffene Regelung maßgebend, wonach die Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (mit einigen besonders erwähnten Ausnahmen) entsprechende Anwendung finden sollen.

Danach sind die gegenseitigen Verpflichtungen zur Rückgabe der mangelhaften Leistung einerseits, zur Bewirkung der Nachlieferung andrerseits, Zug um Zug zu erfüllen (§ 348). Jeder Teil ist berechtigt, seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückzubehalten und, wenn der Gegner Klage erhebt, durch Vorschützen der diesbezüglichen Einrede Verurteilung Zug

---

[1]) Literatur bei Schaper S. 284 A. 2.

[2]) vgl. Schaper S. 286.

[3]) Natürlich kann die Einwilligung auch hier durch konkludente Handlungen erfolgen. Eine solche liegt insbes. dann vor, wenn der Verkäufer dem Käufer auf Grund des Urteils eine mangelfreie Sache anbietet.

um Zug zu erwirken. Immerhin ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Nachlieferung keineswegs stets von der Möglichkeit der Rückgewähr der mangelhaften Sache seitens des Käufers abhängig. Vielmehr ist das Recht des Käufers auf Nachlieferung nur bei von ihm verschuldeten Untergang, wesentlicher Verschlechterung oder sonstiger Unmöglichkeit der Herausgabe ausgeschlossen, während es durch bloß zufälligen Untergang oder Verschlechterung, durch eine Veräußerung, die nicht Unmöglichkeit der späteren Herausgabe zur Folge hat, und selbst durch eine Umgestaltung der Sache, wie § 467 abweichend von § 352 bestimmt, nicht berührt wird.

Obwohl über Inhalt und Anwendung dieser Vorschriften im einzelnen eine Reihe von Kontroversen entstanden sind, so erübrigt sich eine Erörterung derselben doch deshalb, weil die hierbei für die Wandelung zu treffenden Entscheidungen ohne Änderung auch für die Nachlieferung Geltung haben.

Nur bezüglich des § 354 mögen hier einige Bemerkungen Platz finden.

Dieser Paragraph besagt, daß wenn der zum Rücktritt Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes in Verzug gerät, ihm der andere Teil eine Frist mit der Erklärung bestimmen kann, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt die Rückgewähr nicht vor dem Ablaufe der Frist, so „wird der Rücktritt unwirksam“. Der Berechtigte verliert also sein Rücktrittsrecht, und es bleibt bei dem ursprünglichen Vertrage.

Bei entsprechender Anwendung dieser Bestimmung folgt hieraus für das Nachlieferungsrecht, daß der Käufer dieses endgültig verliert, anderweitige Lieferung also keinesfalls mehr verlangen kann. Zweifelhaft kann es aber erscheinen, ob der Käufer nun an den Kaufvertrag gebunden ist, oder ob nicht durch den Verlust des Nachlieferungsrechts auch sein durch dessen Vollziehung erloschenes Wahlrecht wiederauflebt, so daß er nun noch einmal auf die anderen Gewährleistungsansprüche zurückgreifen kann.

M. E. ist letzteres zu verneinen. Dafür spricht einmal der Wortlaut des Gesetzes. Denn im Gegensatz zu §§ 350 ff. sagt § 354 nicht: der Rücktritt „ist ausgeschlossen“, sondern: „wird unwirksam“, will also doch nur eine Wirkung ex nunc, nicht ex tunc eintreten lassen. Ferner würde, wenn die gegenteilige Ansicht richtig wäre, der Zweck dieser Vorschrift — den Verkäufer gegen eine ungebührliche Verschleppung und eine allzulange Unsicherheit seiner Rechtslage zu schützen — häufig vereitelt werden, wie gerade durch Heranziehung des § 480 deutlich bewiesen wird. Denn konsequenterweise müßte beim Gattungskauf dem Käufer, der sein Nachlieferungsrecht nach § 354 verloren hat, neben dem Minderungs-

auch das Wandelungsrecht wiedergegeben sein, wenn er nur in der Lage ist, die mangelhafte Sache zurückgewähren zu können, z. B. wenn er sie inzwischen von dem Dritten, an den er sie veräußert hatte, zurückerhalten hat. Der Verkäufer könnte also auch durch § 354 keine Gewißheit darüber erlangen, ob er die mangelhafte Sache schließlich wird zurücknehmen müssen oder nicht. Dies wäre für ihn um so härter, als wegen § 350 die Sache inzwischen auf seine Gefahr stände. Überhaupt hätte der Verkäufer auf diese Weise ein Mittel, sein durch die Einverständniserklärung des Verkäufers verlorenes Wahlrecht wiederzuerlangen, wenn er sich später eines andern besinnt und seine Interessen durch die Wahl eines der anderen Gewährleistungsrechte besser gewahrt glaubt. Er braucht nur die Herausgabe der Sache zu verweigern, dadurch sich gemäß § 354 in Verzug setzen zu lassen, um nun sowohl Minderung wie auch Wandelung verlangen zu können.

Aber auch das Gesetz selbst bietet der Gegenmeinung keine Stütze. Zwar ist neuerdings versucht worden,[1]) sie aus den §§ 325, 326 zu rechtfertigen. Eine Heranziehung dieser Vorschriften ist jedoch ausgeschlossen. Denn wenn in § 348 ausdrücklich nur die §§ 320 u. 322 für entsprechend anwendbar erklärt sind, so ist daraus doch der Schluß zu ziehen, daß die übrigen Bestimmungen des Titels „Gegenseitige Verträge" keine Anwendung finden sollen, da andernfalls die Hervorhebung jener beiden Paragraphen gar keinen Zweck hätte.

M. E. muß daher der Käufer, der infolge Verzugs mit der Rückgewähr das Nachlieferungsrecht verloren hat, die mangelhafte Sache behalten, ohne irgendein Recht mehr geltend machen zu können.[2])

Weiter ist in diesem Abschnitt noch zu erörtern, wo und wann die Nachlieferung zu erfolgen hat:

Da durch die Vollziehung der Nachlieferung nicht der ganze Vertrag aufgehoben, sondern nur die Erfüllung rückgängig gemacht wird und infolgedessen der Verkäufer noch einmal erfüllen muß, so ist grundsätzlich der ursprüngliche Vertragserfüllungsort auch Erfüllungsort für die Nachlieferung. Das gilt ausnahmslos, wenn der Käufer die angebotene mangelhafte Leistung noch gar

---

[1]) Brandis in DJZ. 1906 S. 595.

[2]) Ebenso Staub § 377 A. 109 S. 1641 und (für die Wandelung) Dernburg Bd. 2, 2 § 186 V S. 86; Crome Bd. 2 § 222 A. 76 S. 466; Enneccerus Bd. 1 S. 854 A. 17; Matthiaß Bd. 1 S. 501; Kloß S. 297; Thiele S. 426; OLG. Celle in Rechtspr. Bd. 16 S. 403; OLG. Marienwerder in Seufferts Arch. Bd. 58 Nr. 230 S. 435; and. A. Planck § 467 N. 2g S. 379; Neumann § 467 A. 4; Leske Bd. 1 S. 201 A. 1; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 504; Makower § 377 Anhang N. IVh S. 1205; Langheineken S. 231; Brandis a. a. O.; unentschieden Lobe S. 113.

nicht angenommen hatte. Zweifel können dagegen entstehen, wenn der Käufer selbst das schon Empfangene zurückgegeben hat. Zwei Fragen sind in diesem Falle aufzuwerfen. Wo hat der Käufer zurückzugeben, und welche Bedeutung hat sein Erfüllungsort für die Bestimmung des Ortes, an dem die Nachlieferung zu erfolgen hat?

Nach § 269 ist der Ort für eine Leistung, sofern es an einer ausdrücklichen Bestimmung fehlt, zunächst „aus den Umständen, namentlich der Natur des Schuldverhältnisses“ zu entnehmen. Letztere ergibt sich aus Inhalt und Zweck desselben. Für die Nachlieferung sind diese aus den §§ 347, 350 ff. in Verb. mit § 467 (namentlich Satz 2 desselben) jedenfalls dahin zu bestimmen, daß der Käufer in die Lage versetzt werden soll, in der er sich befinden würde, wenn eine Leistung überhaupt noch nicht erfolgt wäre. Daraus folgt, daß dem Käufer durch die Rückgewähr keinerlei Lasten erwachsen dürfen.[1]) Deshalb wird er nur an dem Ort zur Rückgabe verpflichtet sein, an welchem sich die Sache zur Zeit der Vollziehung des Nachlieferungsanspruchs befindet, es sei denn, daß ein dolus des Käufers vorliegt, der stets anzunehmen sein wird, wenn der Käufer die Sache nach der Entdeckung des Mangels ohne zwingende Notwendigkeit an einen anderen Ort gebracht hat und daraus dem Verkäufer ein Nachteil entstehen würde.[2])

Nun hat aber die Nachlieferung nur Zug um Zug gegen Rückgabe der mangelhaften Sache zu erfolgen. Wenn es auch nicht unbestritten ist, ob der Erfüllungsort bei Zug um Zug-Leistungen nur ein einheitlicher sein kann, so ist dies für den Nachlieferungsanspruch m. E. jedenfalls anzunehmen. Denn brauchte der Verkäufer die Nachlieferung nur an dem ursprünglichen Erfüllungsorte zu bewirken, so hätte der Käufer, der die neue Sache eben dort braucht, wo die mangelhafte sich zuletzt befand, noch einmal die Gefahr und Kosten des Transportes von dem ursprünglichen Erfüllungsort an jenen Ort zu tragen, was mit dem oben angeführten Prinzip offensichtlich in Widerspruch stände.[3])

---

[1]) vgl. auch Mot. Bd. 2 S. 232; Dernburg Bd. 2, 2 § 186 I S. 76; RGE. Bd. 55 S. 112 f.

[2]) Dernburg Bd. 2, 2 § 186 III, 4 S. 79; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 154; RG. in JurW. 1903 S. 95 Nr. 116.

[3]) Im Ergebnis ebenso Staub § 377 A. 75 S. 1638; Staudinger § 480 N. III, 2d S. 567 und (für die Wandelung) Planck § 467 N. 2f S. 378; Dernburg Bd. 2, 2 § 186 III, 4 S. 79; Crome Bd. 2 § 222 A. 86 S. 467; RGE. Bd. 55 S. 112, Bd. 57 S. 15; OLG. Celle in Seufferts Arch. Bd. 54 Nr. 80 S. 138; OLG. Zweibrücken ebenda Bd. 63 Nr. 142 S. 247 ff.; and. A. Oertmann § 467 N. 4 S. 387; Werner S. 339 f.; Krückmann, Anfechtung S. 60; OLG. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 118 S. 209.

Für die Bestimmung der Leistungszeit ist der Unterschied in der Auffassung der rechtlichen Natur des Anspruchs sehr bedeutsam.

Die herrschende Lehre, die den Anspruch als den ursprünglichen Erfüllungsanspruch ansieht, muß konsequenterweise auch als Leistungszeit die ursprünglich vereinbarte gelten lassen. Da nun in dem Verlangen des Käufers, eine mangelfreie Sache geliefert zu erhalten, wohl stets eine Mahnung liegt (soweit eine solche überhaupt notwendig ist), und da ferner der Verkäufer seine Nichtleistung gemäß §§ 459 ff. zu vertreten hat, so würde also dieser durch eine mangelhafte Leistung stets in Verzug kommen. Damit würde aber dem Käufer, weil der Anspruch als Erfüllungsanspruch dem Kauf, also einem gegenseitigen Vertrage entspringt, stets die Anwendung des § 326 möglich sein.[1])

Zu einem anderen Ergebnis kommt man nach der hier vertretenen Ansicht.

Danach hat der Verkäufer durch die erste Lieferung, wenn auch mangelhaft, so doch immerhin erfüllt; er kommt also mit der Erfüllung nicht in Verzug. Da nun der Anspruch direkt auf Nachlieferung (nicht bloß auf Einwilligung) gerichtet ist, so kann der Käufer die Nachlieferung unmittelbar geltend machen. Die Fälligkeit tritt aber m. E. noch nicht in dem Augenblicke ein, in welchem dieses Verlangen dem Verkäufer zugeht; denn das „sofort" des § 271 ist „nicht buchstäblich, sondern nach den Grundsätzen des § 242"[2]) zu verstehen. Danach dürfte man als Leistungszeit im Sinne dieser Vorschrift den Zeitpunkt anzusehen haben, in welchem der Verkäufer nach den Regeln eines ordnungsmäßigen Geschäftsganges frühestens zu leisten in der Lage ist.[3]) Hieraus ergibt sich, daß die Ansicht des Reichsgerichts,[4]) nach welcher stets schon in dem Verlangen der Nachlieferung eine Mahnung liegt, durch welche der Verkäufer in Verzug kommt, unzutreffend ist. Eine wirksame Mahnung ist vielmehr erst nach dem eben bestimmten Zeitpunkt möglich. Erst durch eine solche Mahnung kommt der Verkäufer mit der Nachlieferung in Verzug, so daß der Käufer die daraus entspringenden Rechte geltend machen kann. Da jedoch der Nachlieferungsanspruch als Gewährleistungsanspruch nicht dem Erfüllungsanspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegenübersteht,[5])

---

[1]) So z. B. Staub § 377 A. 94 S. 1636; Planck § 480 N. 1 S. 389; Staudinger § 480 N. III, 1 g S. 565 f.; Siber S. 206; Schoeller S. 24; RG. in JurW. 1904 S. 198 Nr. 7 und JurW. 1905 S. 17 Nr. 10.

[2]) Oertmann § 271 N. 3 S. 72.

[3]) Makower, Anhang § 377 N. VI a S. 1207.

[4]) Sächs. Arch. Bd. 15 S. 62.

[5]) vgl. oben S. 27.

so kann nicht § 326, sondern nur § 286 Anwendung finden.[1]) Demnach kann der Käufer in einem solchen Falle stets auch für den durch den Verzug entstandenen Schaden vom Verkäufer Ersatz verlangen; hat aber die Nachlieferung für ihn kein Interesse mehr, so kann er sie ganz ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

4. Besondere Fälle.

§ 15.

a) Mehrheit von Personen.

Für den Fall, daß bei einem Gattungskauf mehrere Personen als Käufer oder Verkäufer beteiligt sind, sind in § 480 die §§ 474 und — auf dem Umwege über § 467 — 356 für anwendbar erklärt. Im letzteren wird der Grundsatz der Unteilbarkeit des Rücktrittrechtes ausgesprochen, der somit auch auf den Nachlieferungsanspruch ausgedehnt ist. Danach kann dieser nur gemeinsam von allen Käufern und nur gegenüber allen Verkäufern geltend gemacht werden. Daraus folgt, was in Satz 2 des Paragraphen noch ausdrücklich ausgesprochen wird, daß dies Recht für alle Verkäufer verloren geht, wenn auch nur einer von ihnen es für seine Person verloren hat, und zwar hat, da das Gesetz nicht unterscheidet, jeder Erlöschungsgrund diese Wirkung.

Folgerichtig müßte das gleiche auch gelten, wenn der Käufer, oder einer von mehreren, sein Nachlieferungsrecht nur gegenüber einem von mehreren Verkäufern verloren hat. Indessen ist es auffallend, daß Satz 2 des § 356 nur von mehreren Berechtigten spricht; sollte er auch für den umgekehrten Fall gelten, so würde er überhaupt überflüssig sein. Man wird darum wohl aus ihm das argumentum e contrario ziehen müssen, daß, wenn das Nachlieferungsrecht nur gegenüber einem der mehreren Verkäufer verloren ist, es den übrigen gegenüber doch wohl noch geltend gemacht werden kann.[2])

Ist der Anspruch vollzogen, so wird der Grundsatz der Zug um Zug-Leistung streng durchgeführt, so daß jede Partei gemäß §§ 348, 320 Satz 2 ihre Leistung so lange verweigern kann, bis jeder einzelne der Gegenpartei den ihm obliegenden Teil der Verbindlichkeit bewirkt hat.

---

[1]) Schollmeyer, Erfüllungspflicht S. 103; Fischer S. 220.
[2]) Matthiaß Bd. 1 S. 412.

Die Verweisung auf § 474 ist nicht ganz genau. Abs. 1 desselben würde, auf den Nachlieferungsanspruch angewandt, lauten: Sind auf der einen oder auf der anderen Seite mehrere beteiligt, so kann von jedem und gegen jeden Nachlieferung verlangt werden. Dies stände in direktem Gegensatz zu dem oben aus § 356 gewonnenen Satze, daß der Anspruch nur von und gegen alle Beteiligten gemeinschaftlich geltend gemacht werden kann. Indessen bezieht sich die Vorschrift des § 474 Abs. 1 gar nicht „auf die Wandelung", sondern auf die Minderung; sie bleibt daher auch für den Nachlieferungsanspruch außer Betracht, da § 480 Satz 2 ausdrücklich nur die Anwendung der „für die Wandelung geltenden Vorschriften" der dort zitierten Paragraphen anordnet.[1]) Wohl aber ist § 474 Abs. 2 entsprechend anwendbar. Danach ist das Nachlieferungsrecht ausgeschlossen, wenn nur einer von mehreren Käufern Minderung ver- und erlangt hat, ein Satz, der nur die Konsequenz aus der Unteilbarkeit des Nachlieferungsanspruchs enthält. Das bloße Minderungsverlangen allein hat freilich diese Wirkung noch nicht, weil ja erst durch die „Vollziehung" eines der Gewährschaftsansprüche das ius variandi des Käufers erlischt. Daraus folgt übrigens, daß durch den Vollzug der Minderung mit dem Nachlieferungsrecht zugleich auch das Wandelungsrecht ausgeschlossen wird.

§ 16.

b) Mehrheit von Sachen.

I. Hat der Käufer mehrere[2]) Sachen zusammen gekauft und stellt sich nachher heraus, daß einzelne von ihnen mangelhaft sind, so kann nach § 469 Satz 1 grundsätzlich nur für die einzelnen mangelhaften Sachen selbst Nachlieferung verlangt werden. Daß dies auch dann gilt, wenn für alle Sachen ein Gesamtpreis festgesetzt ist, bedurfte wohl für die Wandelung einer besondern Erwähnung; für die Nachlieferung versteht es sich von selbst, da ja durch diese die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises in keiner Weise berührt wird.

Eine Ausnahme von der in Satz 1 aufgestellten Regel ist durch Satz 2 desselben Paragraphen zugelassen: Sind die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, daß die Nachlieferung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen ge-

---

[1]) Planck § 480 N. 3g S. 391; Oertmann § 480 N. 3b S. 405.

[2]) Auf den Fall, daß einzelne Teile einer verkauften Sache mangelhaft sind, findet § 469 keine Anwendung. RG. im Recht 1907 Nr. 1142 S. 570.

trennt werden können.[1]) Mit Recht hat das Reichsgericht in einer Entscheidung in Bd. 66[2]) ausgeführt, daß letzteres durch ersteres bedingt ist. Denn als zusammengehörend, d. h. als dazu bestimmt, zusammen zu bleiben, werden Sachen dann anzusehen sein, wenn sie infolge ihres Zusammenseins einen besondern, die Summe des Wertes der einzelnen (getrennten) Sachen übersteigenden Wert haben, so daß eine Trennung tatsächlich einen wirtschaftlichen Nachteil zur Folge hat. Ob ein solcher höherer Wert wirklich gegeben ist, ist dabei allerdings nicht rein objektiv, sondern unter Berücksichtigung der subjektiven Absichten und Interessen der Parteien zu beurteilen.[3])

Bei Geltendmachung des Nachlieferungsrechts wird indes die Vorschrift des § 469 wohl überhaupt nur äußerst selten zur Anwendung gelangen. Denn da hierbei die durch die Rückgabe der einzelnen mangelhaften Sache entstandene Lücke wieder ausgefüllt wird, insofern dem Käufer ein den Parteivereinbarungen völlig entsprechendes und, soweit danach notwendig, zu den übrigen passendes Stück geliefert werden muß, wird ihm durch diesen Umtausch ein Nachteil wohl kaum jemals erwachsen. Eher dürfte dies vielleicht noch beim Verkäufer vorkommen, wenn etwa durch die Trennung die Verwertbarkeit des einzelnen mangelhaften Stückes beeinträchtigt würde. Deshalb ist es für ihn von Wichtigkeit, daß das Gesetz, abweichend von seiner sonstigen Stellungnahme, in solchem Falle auch *ihm* das Recht gibt, die Rückgabe *aller* Sachen zu verlangen, wenn auch der Käufer nur bezüglich der mangelhaften Nachlieferung gefordert haben sollte.

II. Eine Anwendung des § 469 auf einen besonderen Fall enthält die Vorschrift des § 470, die nur „der Verdeutlichung des Gesetzes"[4]) dienen soll. Danach kann, wenn Sachen im Verhältnis von Haupt- und Nebensache stehen, Nachlieferung auch der Nebensachen verlangt werden, wenn auch nur die Hauptsache mangelhaft ist; ist dagegen nur die Nebensache mangelhaft, so erstreckt sich die Nachlieferung nur auf diese. Haupt- und Nebensachen sind offenbar als zusammengehörend verkaufte Sachen, bei denen die erstere von der letzteren nicht ohne Nachteil für den Käufer getrennt werden kann, während umgekehrt bei Rückgabe der letzteren

---

[1]) Das gilt auch für den Fall, daß zwei Sorten einer Ware als zusammengehörig verkauft sind und nur Gegenstände *einer* Sorte mangelhaft sind. OLG. *Hamm*, Seufferts Arch. Bd. 62 Nr. 21 S. 33.

[2]) S. 154 ff.

[3]) vgl. OLG. *Breslau* im Recht 1907 S. 1318 Nr. 3289: Bei dem Kaufe einer Haushaltseinrichtung kann der Nachteil in der geringeren Gleichmäßigkeit der Bauart oder Farbe bei der Ersatzanschaffung gefunden werden.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 236.

allein der Wert der ersteren für ihn nicht gemindert wird. Für die Wandelung ist diese Bestimmung daher wohl gerechtfertigt. Dagegen scheinen mir Wert und Bedeutung ihrer Anwendbarkeit auf die Nachlieferung sehr zweifelhaft. Denn hier handelt es sich ja nicht, wie bei der Wandelung, um eine definitive Rückgabe der mangelhaften Hauptsache gegen Rückzahlung des entsprechenden Teiles des Kaufpreises, sondern nur um einen Umtausch derselben gegen eine mangelfreie, im übrigen aber der erstgelieferten ganz gleichartige und darum auch zu der mangelfreien Nebensache passende Sache. Hätte nur der Verkäufer auch die Nebensache mit zurücknehmen müssen, so könnte er also genau das gleiche Stück wieder liefern. Eine derartige unnötige Umständlichkeit wird in der Praxis wohl kaum jemals verlangt werden.

§ 17.

c) Mehrheit von Fehlern.

Ist bereits wegen eines Fehlers gemindert worden, so kann der Käufer nach § 475 wegen eines anderen Mangels doch noch Nachlieferung fordern. Dabei ist (im Gegensatz zu § 393 Entw. 1) nicht Voraussetzung, daß der zweite Fehler erst nach erfolgter Minderung dem Käufer bekannt wurde. Doch wird unter Umständen darin, daß Käufer einen ihm bekannten Mangel bei seinem Minderungsverlangen nicht berücksichtigte, ein Verzicht darauf, ihn später geltend zu machen, zu erblicken sein. Ist aber sein Verlangen berechtigt, so entsteht die Frage, ob er nunmehr eine bloß mit dem zweiten Fehler nicht behaftete Sache fordern kann oder eine überhaupt mangelfreie, m. a. W., ob der ursprüngliche Kaufvertrag zugrunde zu legen ist oder der durch die erfolgte Minderung modifizierte. Oertmann[1]) nimmt für den Fall, daß eine zweite Minderung erfolgt, das letztere an mit der m. E. richtigen Begründung, daß durch die erste Minderung der ursprüngliche Kaufvertrag in unwiderruflicher Weise abgeändert sei und der Käufer durch die Erhebung des neuen Minderungsanspruchs nur eine Modifikation des durch die erste Minderung zustande gekommenen Abänderungsgeschäftes verlange. Diese Gründe müssen m. E. aber auch dann gelten, wenn statt der zweiten Minderung Nachlieferung verlangt wird, so daß also der Käufer hier auch nur eine mit dem Fehler, dessentwegen schon gemindert worden war, behaftete Sache fordern kann.[2])

---

[1]) § 475 N. 2b S. 395. Ebenso Staudinger § 475 N. 4 S. 552; Neumann § 475 A.; and. A. Planck § 475 N. 1 S. 383; Dernburg Bd. 2, 2 § 187 A. 7; Crome Bd. 2 § 222 I, 3 S. 470; Schroeder S. 69 A. 2.

[2]) And. A. anscheinend Oertmann § 480 N. 3b S. 405.

Anders wie im vorstehenden geschehen, legt Kipp[1]) die „entsprechende Anwendung“ des § 475 aus. Er will ihn auf den Fall beziehen, daß auch die zweite, nachgelieferte Sache wieder mangelhaft ist. Da indes in § 475 von mehreren Mängeln derselben Sache die Rede ist, ist die hier vertretene Auffassung jedenfalls die natürlichere und darum wohl auch vorzuziehen.

Die Regelung des von Kipp erwähnten Falles, daß auch die nachgelieferte Sache nicht mangelfrei ist, ergibt sich aus allgemeinen Erwägungen.

Nach der Ansicht, welche den Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch auffaßt, erklärt der Käufer durch die Wahl desselben, daß er den Vertrag durch die geschehene bezw. versuchte Leistung nicht als erfüllt betrachte. Liefert der Verkäufer nun abermals mangelhaft, so ist dies wieder nur ein ungeeigneter Versuch der Erfüllung, demgegenüber daher der Käufer die gleichen Rechte geltend machen kann wie bei der ersten Leistung, also von neuem zwischen Wandelung, Minderung oder Nachlieferung wählen event. aber auch die Rechte aus § 326 geltend machen kann.[2])

Zu einem anderen Ergebnis gelangt von dem entgegengesetzten, auch hier vertretenen Standpunkt aus Schollmeyer.[3]) Er argumentiert etwa folgendermaßen: Durch die erste mangelhafte Leistung hat der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht ein für allemal genügt, der Käufer aber hat sich durch die Vollziehung der Nachlieferung in bindender Weise für einen der drei ihm zustehenden Gewährschaftsansprüche entschieden; wird nun diesem entgegengehandelt, so können trotzdem die beiden anderen nicht wiederaufleben. Der Käufer könne also nur nochmals Nachlieferung fordern. Da er aber nunmehr eine mangelfreie Sache verlangen könne, sei der Verkäufer durch die zweite mangelhafte Leistung in Verzug gekommen und der Käufer habe daher auch die Rechte aus § 280. Demgegenüber hat indes Fischer[4]) m. E. mit Recht eingewendet, daß es sich nun nicht mehr um die erste, sondern um die zweite mangelhafte Lieferung handele. Durch die Vollziehung des Nachlieferungsanspruchs sei die durch die erste Lieferung eingetretene Konzentration wieder rückgängig gemacht worden. Der Verkäufer müsse also noch einmal erfüllen, und demgegenüber ständen dem Käufer wieder die drei bezw. vier verschiedenen Mängelrechte des § 480 zu, die natürlich auch der kurzen

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 712; gegen ihn auch Fischer S. 220 A. 84.

[2]) Staudinger § 480 Nr. III, 2b S. 566; Staub § 377 A. 55 S. 1620; Neumann § 480 A. 2; Dernburg § 188 A. 4 S. 85; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 712; Kloß S. 305.

[3]) Erfüllungspflicht S. 103.

[4]) a. a. O. S. 220.

Verjährung des § 477 unterliegen, und zwar von der zweiten Ablieferung an.[1])

5. Verlust des Anspruchs.

§ 18.

a) Annahme der Sache trotz Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit.

Die weitgehende Berücksichtigung, welche das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Regelung des Gewährschaftsrechtes den Interessen des Käufers hat angedeihen lassen, beruht auf der Erwägung, daß dem der Kaufsache völlig fremd gegenübertretenden Käufer die vielfach äußerlich nicht leicht erkennbaren Mängel derselben nicht bekannt sind und auch nicht bekannt sein können, da er vor der Besitzerlangung in der Regel keine Gelegenheit zur Untersuchung der Sache hat, während der Verkäufer als Besitzer vermutlich mit ihren Fehlern wohl vertraut ist.[2]) Hieraus ergibt sich, daß ein Schutzbedürfnis für den Käufer nicht vorliegt, soweit auch er von den Mängeln der Sache Kenntnis hat.

Beim Gattungskauf ist nun in der Regel[3]) eine solche erst möglich, wenn eine bestimmte Sache geschuldet und diese dem Käufer bekannt geworden ist. Letzteres wird gewöhnlich erst dann geschehen, wenn ihm die Sache vom Verkäufer zur Annahme angeboten wird. Diesen Fall regelt § 464, nach welchem dem Käufer, der eine mangelhafte Sache annimmt, obschon er den Mangel kennt, Wandelung, Minderung und event. Schadensersatz nur zustehen, wenn er sich diese Rechte bei der Annahme vorbehält.

Die in § 480 ausdrücklich vorgeschriebene Anwendung dieser Bestimmung auf den Nachlieferungsanspruch führt zu dem Ergebnis, daß der Käufer wie der übrigen, so auch dieses Mängelrechtes verlustig geht, wenn er die vom Verkäufer angebotene Gattungssache ohne Vorbehalt annimmt, obgleich ihm die Mängel derselben bekannt sind. Da sich im übrigen bei der „entsprechenden Anwendung“ keine Besonderheiten ergeben, sei nur kurz einiges hervorgehoben, ohne daß auf die Einzelheiten weiter eingegangen werden soll.

---

[1]) Ebenso Staub § 1377 A. 135 S. 1649; Staudinger § 480 A. III, 1 i S. 566; RG. in JurW. 1904 S. 406 Nr. 11.

[2]) Schroeder S. 1 A. 2.

[3]) Eine Ausnahme ist nur möglich, wenn die ganze Gattung bezw. der ganze Vorrat, aus dem geleistet werden soll, von vornherein mangelhaft ist. Daß und warum diese Fälle aber für den Nachlieferungsanspruch außer Betracht bleiben, ist bereits oben S. 31 A. 2 erwähnt.

Abweichend von der Vorschrift des § 460 nimmt nur die positive Kenntnis der Mängel dem Käufer (bei vorbehaltloser Annahme) seine Rechte. Jede, selbst eine durch grobe Fahrlässigkeit veranlaßte Unkenntnis bleibt also bedeutungslos. Eine Untersuchungspflicht ist demnach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt. Hieraus folgt, daß wenn die Mängel sich erst nach der Annahme zeigen, dem Käufer die Gewährschaftsrechte grundsätzlich ohne jede Einschränkung zustehen. Für den Nachlieferungsanspruch sprechen dies auch die Motive[1]) ausdrücklich aus. Eine analoge Ausdehnung des § 464 auf diesen Fall, derart, daß der Käufer alsbald, nachdem ihm die Mängel bekannt geworden sind, sich seine daraus entspringenden Rechte bei Gefahr des Verlustes ausdrücklich vorbehalten müßte,[2]) ist dem bestimmten Wortlaut des Gesetzes gegenüber abzulehnen. Doch wird allerdings nicht selten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein Verzicht auf die Geltendmachung der Mängel anzunehmen sein,[3]) sofern nicht der Käufer dem Verkäufer alsbald nach ihrer Entdeckung wenigstens eine Anzeige davon erstattet hat. Dies gilt namentlich hinsichtlich einer trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit erfolgten Weiterveräußerung und einer Fortsetzung des Gebrauchs der Sache.[4]) Indes werden bei allen diesen Fällen stets die besonderen Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend sein.

§ 19.

b) Fristsetzung des Verkäufers.

Im Falle der Mangelhaftigkeit der gekauften Sache räumt das Gesetz dem Käufer je nach Lage der Umstände zwei bis vier verschiedene Rechte zur freien Auswahl ein. Demgegenüber war es aber auch nötig, dem Verkäufer ein Schutzmittel zu geben, um eine schikanöse Ausnutzung dieser günstigen Rechtslage verhindern zu können. Diesem Zweck dient § 466; er lautet: „Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablauf der Frist verlangt werden".

---

[1]) Bd. 2 S. 242 f.; vgl. auch Prot. Bd. 6 S. 181.

[2]) So Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 502 A. 3.

[3]) So z. B. Cosack Bd. 1 § 127, 8b S. 447; Staudinger § 464 N. 9b S. 529; Oertmann § 464 N. 4 S. 378.

[4]) So neuestens noch RGE. Bd. 66 S. 115. Weitere Nachweise aus der Praxis bei Staub § 377 A. 67, 68 S. 1625 f.

Hiermit ist also dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben, den für ihn lästigen und wegen der Gefahrtragung gemäß §§ 350 ff. unter Umständen sehr nachteiligen Schwebezustand möglichst abzukürzen und dadurch auch den Käufer zu verhindern, auf seine, des Verkäufers, Kosten mit der mangelhaften Sache zu spekulieren.[1] Das Mittel ist für ihn um so wichtiger, als sich der Käufer in der Regel beeilen wird, die Anzeige von der Mangelhaftigkeit dem Verkäufer möglichst bald zukommen zu lassen, um die sonst bestehende Gefahr der Annahme eines Verzichtes auf die Geltendmachung zu beseitigen und die gemäß § 478 an die Anzeige geknüpften Vorteile sich zu erhalten.[2]

Nimmt nun der Käufer innerhalb der Frist das Angebot des Verkäufers an, so ist damit, wie heute allgemein anerkannt wird, die Vollziehung der Nachlieferung eingetreten. Denn in dem Angebot des Verkäufers liegt ja bereits die Einverständniserklärung für den Fall, daß der Käufer dieses Angebot annehmen und Nachlieferung verlangen will.

Gibt der Käufer innerhalb der Frist eine Erklärung über das Angebot nicht ab, so kann er Nachlieferung nicht mehr verlangen.

§ 466 spricht zwar nur von einem Anerbieten. Doch steht nichts im Wege, daß der Verkäufer das Wandelungs- und Nachlieferungsanerbieten auch zugleich stellt mit der Wirkung, daß bei nicht rechtzeitiger Annahme beide ausgeschlossen sind.[3] Dagegen besteht hinsichtlich des Minderungsanspruches ein solches Recht des Verkäufers überhaupt nicht; denn hier ist eine möglichst baldige Gewißheit für ihn deshalb weniger dringend, weil er für eine anderweitige Verwertung der Sache nicht zu sorgen braucht.

§ 20.

c) Verjährung.

Schon im römischen Recht waren aus wohl berechtigten Gründen die actio redhibitoria und die actio quanti minoris einer besonderen kurzen Verjährungszeit unterworfen, und ihm folgten hierin alle modernen Rechte. So auch das Bürgerliche Gesetzbuch. Da der Nachlieferungsanspruch auf demselben Fundamente beruht wie die anderen Gewährschaftsansprüche, so war es nur konsequent, daß er auch in dieser Hinsicht jenen gleichgestellt

---

[1] vgl. oben S. 9 A. 3.

[2] Selbstverständlich braucht die Mängelanzeige nicht ausdrücklich, sondern kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen, namentlich durch die Verweigerung der Annahme.

[3] So schon Prot. Bd. 6 S. 181 f.

wurde. Auch hierin liegt ein Schutz des Verkäufers, der vom Bürgerlichen Gesetzbuch dadurch noch wirksamer gestaltet ist, daß der Beginn der Frist nicht mehr wie im römischen und gemeinen Recht von der Kenntnis der Mängel abhängig ist, sondern die Verjährung bei beweglichen Sachen schon mit der Ablieferung zu laufen beginnt.

Die Anwendung dieser Vorschrift auf den Nachlieferungsanspruch vollzieht sich im einzelnen ohne besondere Schwierigkeiten. Die (insbesondere über die vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist) für die anderen Gewährschaftsansprüche bestehenden Zweifelsfragen haben in gleicher Weise auch für diesen Anspruch Geltung und sind auch für ihn ganz ebenso zu entscheiden wie für jene, ohne daß dabei § 480 irgendwie von Einfluß sein könnte.

Nur ein Streitpunkt soll daher hier noch erörtert werden.

Die Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung des § 465 sind auch hinsichtlich des § 477 insofern bedeutsam, als von der Stellungnahme zu jener Frage auch die Entscheidung der durch sie bedingten Streitfrage abhängig ist, welche Ansprüche überhaupt durch § 477 betroffen werden.

Die Vertreter der Vertragstheorie, die unter dem Anspruch auf Wandelung nur den Anspruch auf Einverständniserklärung verstehen, lassen durchweg auch nur diesen der kurzen Verjährung des § 477 unterworfen sein, während alle aus der Vollziehung entstandenen, insbesondere die direkten Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises einerseits, auf Rückgabe der mangelhaften Leistung andrerseits, nach ihnen der gewöhnlichen 30 jährigen Verjährung unterliegen.

Zu demselben Ergebnis kommen aber, von ihrem Standpunkt aus ganz konsequent, auch einige von den Vertretern der Gegentheorie, die in der Einigung nach § 465 die Rechtsgrundlage für neue Ansprüche und Verpflichtungen beider Teile erblicken.[1]) Die übrigen Anhänger der letzteren Theorie müssen folgerichtig auch nach der Vollziehung auf den unmittelbaren Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises den § 477 anwenden.[2])

Nach der hier vertretenen Auffassung, daß durch die Vollziehung der Rechtsgrund des auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Nachlieferungsanspruchs nicht berührt wird, kann naturgemäß nur

---

[1]) So z. B. Langheineken S. 234; Grabener bei Gruchot Bd. 51 S. 527; Staub § 377 A. 135 S. 1649.

[2]) So ausdrücklich Matthiaß in DJZ. 1902 S. 208; Müller S. 55 und grundsätzlich auch Neumann § 477 A. II, der den Rückgewähranspruch des Käufers nur dann der 30 jährigen Verjährung unterwerfen will, wenn er nach der Absicht der Parteien durch die Vollziehung selbständig festgestellt ist.

der letzteren Aussicht beigetreten werden.[1]) Ganz ohne Einfluß auf die Verjährung ist aber die Vollziehung auch nach ihr nicht. Denn in der Einverständniserklärung des Verkäufers liegt ein Anerkenntnis des Anspruchs des Käufers, das nach der allgemeinen Vorschrift des § 2 die Verjährung derart unterbricht, daß sie von da an von neuem zu laufen beginnt.[2])

Von Vertretern der Vertragstheorie[3]) ist nun geltend gemacht worden, daß nichts darauf hindeute, daß auch der Rückforderungsanspruch des Verkäufers der kurzen Verjährung des § 477 ausgesetzt sei. Wenn aber andrerseits der Wandelungsanspruch des Käufers schon in sechs Monaten verjähre, so führe dies „zu einer sinnwidrigen Inkonsequenz schlimmster Art, nach der die Interessen des schutzbedürftigen Käufers in höchst auffälliger Weise denen des Verkäufers hintangesetzt erscheinen". Dies Argument schlägt aber nicht durch. Denn das Rückforderungsrecht des Verkäufers kann nur so lange geltend gemacht werden, als der Käufer das Nachlieferungsverlangen geltend machen kann. Wird dieses durch die Einrede der Verjährung aus dem Felde geschlagen, so ist naturgemäß auch eine Rückforderung der mangelhaften Leistung unmöglich. Eine Benachteiligung des Käufers ist also auch bei dieser Regelung ausgeschlossen.

Schon oben[4]) wurde erwähnt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem Käufer, der es versäumt haben sollte, seine Rechte vor Ablauf der Verjährungszeit geltend zu machen, doch noch ein Schutzmittel gegeben hat: er kann unter den in § 478 bestimmten Voraussetzungen der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises gegenüber auch nach der Verjährung noch die Einrede der Zurückbehaltung des Kaufpreises in demselben Umfang und mit den gleichen Wirkungen („insoweit") wie vor derselben geltend machen, und zwar ist sie, wenn erst einmal die Voraussetzungen des § 478 erfüllt sind, eine dauernde und unverjährbare. Die rechtliche Natur der Einrede wird dadurch nicht geändert, sondern nur die sonst sehr umstrittene Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht auch auf Grund schon verjährter Ansprüche zulässig ist,[5]) für diesen Fall vom Gesetz selbst ausdrücklich in bejahendem Sinne entschieden.

---

[1]) Für den Nachlieferungsanspruch im Ergebnis ebenso Staub § 377 A. 135 S. 1649, obwohl er den Wandelungsanspruch nach der Vollziehung der 30 jährigen Verjährung unterwirft.

[2]) Grabener bei Gruchot Bd. 51 S. 521.

[3]) Oertmann § 465 N. 1b S. 379 u. im Recht 1904 S. 30.

[4]) S. 46.

[5]) vgl. Oertmann § 273 N. 2a S. 75.

Endlich wird in § 480 auch § 479 auf den Nachlieferungsanspruch für entsprechend anwendbar erklärt. Der Paragraph lautet: „Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der in § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat". Danach könnte der Käufer, wenn die geforderten Voraussetzungen erfüllt sind, nach Ablauf der Verjährungszeit dem Verkäufer gegenüber mit dem Nachlieferungsanspruch aufrechnen, wenn jenem ein Anspruch auf Lieferung gleichartiger Waren gegen den Käufer zustände. Aber auch nur dann, nicht gegenüber der Kaufpreisforderung des Verkäufers. Denn von dem allgemeinen Erfordernis der Gleichartigkeit der aufzurechnenden Forderungen wird hier keine Ausnahme gemacht. Abgesehen davon, daß ein solcher Fall nur selten eintreten wird, so daß es schon an und für sich auffällig wäre, wenn das Gesetz hierfür wirklich eine solche Ausnahme von der Regel festsetzen sollte, wie sie § 479 enthält, kommt dazu, daß diese Vorschrift gar nicht „für die Wandelung" gilt.[1]) Es ist daher wohl anzunehmen, daß die Bezugnahme auf § 479 nur ein Redaktionsfehler ist.[2]) Diese Annahme findet überdies noch in dem Umstande eine gewichtige Stütze, daß bei der Umnumerierung des 2. Entw. § 514 desselben, auf welchen der dem heutigen § 480 entsprechende § 415 verwies, in zwei Paragraphen, die heutigen §§ 478 u. 479, geteilt worden war, was dann wohl von der Redaktionskommission bei der endgültigen Feststellung des Textes von § 480 übersehen wurde.

6. Das Nachlieferungsrecht beim Gattungsviehkauf.

§ 21.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Bestimmung, daß der Käufer einer Gattungssache an Stelle der mangelhaften eine mangelfreie verlangen dürfe, durch § 491 auch auf den hinsichtlich der Gewährleistung besonders geregelten Viehkauf ausgedehnt.

Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, kommen indes die Vorschriften des § 480 und der in ihm zitierten Paragraphen auch auf diesen Anspruch zur Anwendung (arg. § 481).

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 711; Staudinger § 480 N. IV, 2m S. 568.

[2]) And. A. Haymann S. 546; Schroeder S. 93; Makower, Anhang zu § 377 Xc, 1 S. 1221; Staub § 377 A. 142 S. 1652.

Weitgehende Abweichungen bestehen aber hinsichtlich seiner Voraussetzungen; sie sind, wie in § 480, nur indirekt geregelt, indem daraus, daß der Anspruch dem Käufer „statt der Wandelung" zusteht, zu entnehmen ist, daß sie die gleichen sind wie für die letztere.

Auch für den Viehkauf muß aber daran festgehalten werden, daß der Nachlieferungsanspruch des § 491 nur dann gegeben ist, wenn das gelieferte Tier wenigstens als der vereinbarten Gattung zugehörend anzusehen ist, während andernfalls nur der Erfüllungsanspruch des § 433 in Frage kommen kann.

Nicht zweifellos ist dagegen, ob der Verkäufer auch beim Gattungsviehkauf verpflichtet ist, mangels anderweitiger Abrede ein Tier von mittlerer Art und Güte zu leisten, da er ja nur für Hauptmängel haftet und lange nicht jede Abweichung von dieser Qualität sich als ein solcher darstellen wird. Von dem in der vorliegenden Arbeit vertretenen Standpunkt aus ist die Frage zu verneinen.[1] Denn die Gewährleistungspflicht besteht eben nur für Hauptmängel, und der Erfüllungspflicht ist schon dann genügt, wenn das Tier nur der vereinbarten Gattung noch angehört.

Bezüglich der Einzelheiten seiner Durchführung ist der Nachlieferungsanspruch durch Satz 2 des § 491 den für die Wandelung gegebenen Sonderbestimmungen der §§ 488—490 ebenfalls unterstellt. Für letztere enthält außerdem auch noch § 487 eine nicht unwichtige Abweichung von der für den gewöhnlichen Wandelungsanspruch getroffenen Regelung, insofern beim Viehkauf die Wandelung selbst dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der Käufer — sei es auch durch eignes Verschulden — nicht mehr in der Lage ist, das mangelhafte Tier zurückzugewähren. Da aber diese Vorschrift in Satz 2 des § 491 nicht erwähnt ist, während doch die §§ 488 bis 490 ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt werden, so ist anzunehmen, daß diese Bestimmung für den Nachlieferungsanspruch keine Geltung haben soll, sondern daß in dieser Hinsicht für ihn die Regel der §§ 467, 353 bestehen bleibt.[2])

Hinsichtlich aller übrigen hier nicht besonders erwähnten Punkte, namentlich auch bezüglich der Geltendmachung des Anspruchs, gilt dasselbe wie für den Anspruch aus § 480, so daß sich eine weitere Erörterung hierüber erübrigt.

---

[1]) Im Ergebnis ebenso Schneider S. 11 u. 155; Meißner §§ 480, 491 A. 6 a α S. 100; and. A. Cosack Bd. 1 § 129 I, 2 S. 456; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 511; Krückmann, Anfechtung S. 89; Staudinger § 491 S. 585.

[2]) Ebenso Krückmann, Anfechtung S. 91; Crome § 224 A. 52 S. 482.

B. Das Nachlieferungsrecht nach dem Handelsgesetzbuch.

§ 22.

Im neuen Handelsgesetzbuch sind die Vorschriften der Art. 347 ff. des alten HGB. über die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers durch § 377 a. a. O. mit der Abänderung aufrechterhalten, daß sie einerseits auch auf Platzgeschäfte ausgedehnt, andererseits aber auf zweiseitige Handelskäufe beschränkt sind. Danach ist Voraussetzung für die Geltendmachung der Gewährschaftsansprüche (und somit auch des Nachlieferungsrechts), daß der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung untersucht und dabei sich zeigende Mängel sofort, erst später erkennbare aber alsbald nach der Entdeckung dem Verkäufer anzeigt.[1]) Hat er diese Bedingung erfüllt, so kommen im übrigen die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers ausnahmslos auch hier zur Anwendung.

Eine bedeutsame Abweichung vom bürgerlichen Recht enthält dagegen § 378: „Die Vorschriften des § 377 finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte“. Durch diese Bestimmung wird also die namentlich auch für die Abgrenzung des Anwendungsgebiets des Nachlieferungsanspruchs stets erforderliche Unterscheidung zwischen der Lieferung einer andern und einer bloß mangelhaften Ware beseitigt. Freilich wird dadurch, daß im zweiten Halbsatz wieder eine Ausnahme von der Regel zugelassen wird, doch auch wieder eine Prüfung notwendig; nur muß sie jetzt nach andern Gesichtspunkten erfolgen: Entscheidend ist nun die größere oder geringere Bedeutung der Vertragswidrigkeit der Ware für die Zwecke des Käufers.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes müßte bei der Beurteilung neben dem objektiven Moment der Offensichtlichkeit der Abweichung als subjektives auch die Anschauung des Verkäufers (bei der Lieferung) hierüber in Betracht gezogen werden. Nun soll es aber nach den Ausführungen der Denkschrift[2]) nicht nur uner-

---

[1]) Nur wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen (§ 377 Abs. 5).

[2]) S. 226.

heblich sein, daß der Verkäufer fälschlich glaubte, der Käufer würde die Ware genehmigen, sondern auch wenn er ihre Vertragswidrigkeit gar nicht kannte, soll dem Käufer dadurch kein Nachteil erwachsen. In der Tat wäre es auch, nachdem erst einmal die Lieferung eines aliud bloß mangelhafter Lieferung gleichgestellt ist, inkonsequent, bei ersterer den obengenannten subjektiven Momenten eine Bedeutung einzuräumen, die bei letzterer gänzlich ausgeschlossen ist. Daher hat m. E. die Beurteilung, ob die gelieferte Ware unter die Regel- oder die Ausnahmevorschrift des § 378 fällt, trotz des Wortlauts der Bestimmung nur nach dem objektiven Maßstab der im Handelsverkehr allgemein herrschenden Anschauung zu erfolgen.[1])

Ist nun danach die gelieferte Ware ein aliud im Sinne des § 378 Halbsatz 2, so ist der Käufer weder zur Untersuchung noch zur Anzeige an den Verkäufer verpflichtet. Der Vertrag ist durch diese Lieferung nicht erfüllt, und der Käufer kann daher mit der gewöhnlichen Vertragsklage vertragsmäßige Erfüllung verlangen. Will aber der Käufer die Ware behalten, so kommt dadurch allerdings die Erfüllung zustande. Denn da der Verkäufer jedenfalls im Hinblick auf die durch den Kauf für ihn begründete Erfüllungspflicht liefert, kann in seiner Lieferung auch nur eine Erfüllungsofferte, nicht aber das Angebot zum Abschluß eines neues Vertrages gesehen werden, das der Käufer annehmen könnte, ohne dadurch das Recht auf Erfüllung des ersten Kaufes zu verlieren.[2])

Liegt dagegen der Regelfall des § 378 Halbsatz 1 vor, so „finden die Vorschriften des § 377 Anwendung“. Hat also der Käufer seine Untersuchungs- oder Anzeigepflicht verletzt, so muß er die gelieferte andre Ware als Erfüllung behalten und kann keinerlei Rechte mehr geltend machen.

Wie aber, wenn er die Vertragswidrigkeit der Ware dem Verkäufer rechtzeitig angezeigt hat? Dem Zwecke des § 378 würde es jedenfalls entsprechen, daß hier die Vorschriften über die Gewährleistung beim Handelskauf Platz greifen. Denn da dieser Fall wohl die Regel bildet, würde sonst die praktische Bedeutung der Bestimmung sehr herab gemindert; die dadurch erstrebte Beseitigung des Unterschiedes zwischen mangelhafter und andrer Ware würde für die große Mehrzahl der in Betracht kommenden Fälle nicht erreicht sein. Nun heißt es aber in § 378 ausdrücklich, daß die Vorschriften des § 377 Anwendung finden

---

[1]) So Staub § 378 Einl. S. 1674; Makower § 378 N. II d S. 1230; vgl. auch RG. im Recht 1908 Nr. 617 S. 105; and. A. Düringer-Hachenburg § 378 N. V, 1 S. 304 f.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 378 N. V, 2 a S. 306.

sollen, und in diesem sind eben nur die Rechtsfolgen der versäumten, nicht aber auch der rechtzeitigen Mängelanzeige geregelt. Entgegen dem klaren, unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes nur aus Zweckmäßigkeitsgründen anders zu entscheiden, erscheint mir doch bedenklich. M. E. können daher auch in solchem Falle nur die Vorschriften des bürgerlichen Rechts Platz greifen, nach denen dem Käufer, da eine andre Ware geliefert ist, nicht die Gewährschaftsansprüche (also auch nicht der Nachlieferungsanspruch des § 480), sondern der gewöhnliche Vertragserfüllungsanspruch — und nur dieser — zusteht.[1])

---

[1]) Ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 378 N. III, 1 S. 301; Makower § 278 N. I S. 1229; Fischer S. 219; and. A. Staub § 378 A. 9 S. 1676; Litthauer § 378 A. 1 S. 477.

Lebenslauf.

Ich, Leo Othmar Alfons Fröhlich, Sohn des Königlichen Zeichenlehrers Alois Fröhlich und seiner Ehefrau Karola, bin geboren am 15. November 1884 zu Ratibor, katholischer Konfession. Ich besuchte zunächst die Volksschule und darauf das Gymnasium meiner Vaterstadt. Ostern 1904 bestand ich das Abiturientenexamen. Sodann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar je ein Semester in Freiburg i. B. und München und vier Semester in Breslau. Während dieser Zeit hörte ich die Vorlesungen folgender Herren:

Baumgartner, Birkmeyer, Brentano, Brie, Dahn, Dyroff, Fischer, Gretener, Heilborn, Hellmann, Joers, Klingmüller, Köhler, Leonhard, Lesser, Merkel, Riezler, Rosin, Richard Schmidt, Alfred Schultze, Lothar Seuffert, Sombart, v. Wenckstern, Wolf,

denen ich allen meinen Dank für die von ihnen erhaltene Anregung und Belehrung ausspreche.

Besonderen Dank sage ich ferner Herrn Professor Meyer und Herrn Professor Schott für die gütige Übernahme des Referats bezw. des Korreferats der vorliegenden Arbeit.

Am 27. Mai 1907 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Prüfung, am 24. Juni 1907 das examen rigorosum.

Im juristischen Vorbereitungsdienst war ich zunächst dem Amtsgericht in Ohlau überwiesen; zurzeit bin ich am Landgericht Ratibor beschäftigt.

Vom 1. Oktober 1907 bis 30. September 1908 genügte ich meiner Militärpflicht bei dem 3. Bataillon des 3. oberschlesischen Infanterie-Regiments Nr. 62 in Ratibor.